



ELEMENTOS DE DIREITO DIGITAL

Hugo Cesar Hoeschl, Dr

SUMÁRIO

1. Direito Digital: Uma visão inicial

1.1 Introdução

1.2 Panorama geral

1.3 A telemática

2. As quatro faces do impacto da telemática sobre o direito

2.1 Desenvolvimento de ferramentas

2.2 Discutindo novas rotinas

2.3 Busca de novas fronteiras

2.4 A nova dimensão

2.5 Aspectos correlatos

3. O ciberespaço e o direito

3.1 Introdução

3.2 O direito

3.3 o ciberespaço

4. Ética jurídica e telemática

4.1 Inserção da ética

4.2 A internet e algumas questões concretas

4.3 Avaliação

5. O homem no caminho da barbárie

5.1 As perspectivas

5.2 A barbárie e o direito

5.3 Modernidade e autonomia

5.4 Questionamentos e constatações

6. Alguns aspectos constitucionais da lei 9.296/96

6.1 Preliminarmente

6.2 O parágrafo único do artigo primeiro e a Constituição Federal

6.3 Ofensa a princípios constitucionais do processo penal

6.4 Alternativas

7. A liberdade de expressão e comunicação na internet

7.1 Disposições gerais

7.2 Liberdade de expressão e comunicação

7.3 A censura moral na internet.

1. DIREITO DIGITAL: UMA VISÃO INICIAL

1.1 Introdução

O tema escolhido como objeto central deste estudo é extremamente apaixonante. A iminência do encontro de institutos como a *Realidade Virtual*, o *Ciberespaço*, a *Internet*, a *Pirataria*, a *Ética Hacker*, e a *Inteligência Artificial*, de um lado, com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, o *Direito Natural*, a *Analogia*, e a *Ampla Defesa*, de outro, entre tantos e tantos outros, de ambos os lados, cria uma grande e positiva expectativa ao redor da análise da aproximação entre a telemática e o direito.

O que dizem nossa leis ? Como estão julgando os tribunais ? Estas e uma série de outras questões motivam o início do trabalho.

O ponto inicial desta abordagem diz respeito ao conceito operacional de “Direito Digital”. Há duas noções que serão utilizadas, uma de caráter *substantivo*, e outra de caráter *adjetivo*:

A primeira define o direito referente à *vida digital*.

A segunda refere-se ao o direito que *está em bits*.

O primeiro sentido diz respeito ao aspecto substantivo da ciência jurídica. Assim como o direito comercial trata das questões relativas ao comércio, assim como o direito criminal trata das questões referentes aos crimes, e o direito constitucional refere-se à Constituição e à teoria constitucional, o direito digital agrupa as questões referentes à vida digital. É o *direito dos bits*.

O segundo significado refere-se aos atributos e características de certos tipos de normas e comandos jurídicos, aqueles formulados, materializados e consolidados em ambientes digitais. É o direito que *está em bits*.

Sua evolução - em ambos os aspectos - é vital para a ciência jurídica do futuro, bem como para a organização social.

Para que tudo fique mais palpável, devem ser estabelecidos limites para a abordagem, e eles se referem às delimitações do tema (primeira ordem) e da profundidade das análises que serão desenvolvidas (segunda ordem).

As delimitações de primeira ordem ocorrem em torno de questões marcantes para o assunto aqui tratado, como, p. ex., as definições de *telemática* e de *ciberespaço*, no intuito de agrupar subsídios para que elas possam, no futuro, serem satisfatoriamente respondidas.

Para tanto, será estabelecida uma série de hipóteses conceituais desenvolvidas ao longo da pesquisa, de forma a que estes conceitos possam ser explorados, bem como analisadas as suas conseqüências sobre o mundo e o direito.

Isto tem início neste primeiro capítulo, no qual será apresentado um panorama geral da situação configurada em torno do direito digital e da telemática, para, após, tentar defini-la adequadamente. Na seqüência, será feita uma análise das hipóteses do impacto gerado sobre o

direito. Dentre elas, destaca-se a constituição de uma dimensão, o *ciberespaço*, tentando-se demonstrar as formas pelas quais ele é tangenciado pelo direito. Esse quadro todo gera uma gama de situações concretas, as quais constituem um campo propício à abordagem da ética, feita no capítulo V. Na seqüência, o texto trata dos questionamentos sobre os caminhos aos quais a evolução tecnológica está nos levando.

Após, será feita uma breve análise da lei n. 9.296/96, a qual tratou de algumas questões de destaque, como a interceptação das comunicações de dados. Na seqüência, serão tecidas algumas considerações sobre a liberdade de expressão na internet.

Quanto aos limites de segunda ordem, não são tão fáceis de descrever. Na realidade, materializam um cuidado para que não haja excesso de aprofundamento. Veja, o objetivo do trabalho não é apresentar soluções teóricas para figuras como *inteligência artificial* e *liberdade de expressão*.

Ao longo do desenvolvimento, surgirão figuras de caráter metajurídico ou jurídico de extrema especialização, como essas. Em tais situações, o aprofundamento vai parar quando for identificado um referencial útil e satisfatório, mesmo que sabidamente incompleto ou

imperfeito, ou seja, a maioria das passagens conceituais é resolvida com soluções primárias, e, quando necessário e conveniente, ocorrerão os maiores aprofundamentos. Isso por dois motivos: a) o aprofundamento excessivo afasta do caminho principal e do contexto central, o que não se deseja; b) ele se constitui em tarefa adequada para estudos específicos.

Essa justificativa expõe, desde já, uma das características de toda esta análise, entre outros, qual seja, a *generalidade*. Como o número de questões é excessivo, será procedida uma análise de profundidade mediana em quase todo o roteiro, com exceção dos dois últimos capítulos, nos quais ela é um pouco mais acentuada.

Por outro lado, isso denota um aspecto positivo, qual seja, um diversificado volume de informações, o qual, por sua vez, gera uma significativa diversidade de alternativas.

Mas o tema do estudo, por si só, tende a se manter no rumo adequado ao longo do desenvolvimento textual, mostrando, específica e generosamente, as boas oportunidades para aprofundamentos adequados, as quais se espera desperdiçar minimamente.

1.2 Panorama geral.

O ritmo da evolução tecnológica está causando forte impacto em diversos ramos da ciência, e o mundo jurídico não foge à regra.

Tal contexto tem provocado a discussão de inúmeras questões na esfera do Direito e da Ciência Jurídica.

Dentro desse universo de acontecimentos, pretendemos dar atenção especial aos temas agrupados em torno da informática e das telecomunicações, analisando sua discutida união, materializadora da telemática.

Historicamente, a aglutinação de acontecimentos ao redor de determinados fatos relevantes produz direitos orientados por um mesmo referencial. Surge um “momento de direitos”, que alguns autores têm chamado de “geração”. É possível discordar do termo. *Dimensão* é uma expressão, por ora, mais apropriada, pelas seguintes razões:

1- *Atemporalidade*. Não há uma sequência temporal que induza à conclusão de que uma das dimensões precede ou sucede as

outras. Nem é possível, da mesma forma, afirmar que uma surge em função do esgotamento da anterior. Igualmente, não cabe dizer que a preocupação com um dos temas é mais atual do que as demais. E também é dificultoso fazer uma vinculação histórica específica com o surgimento de cada um dos momentos. A discussão sobre as formas de governo, por exemplo, é quase tão antiga quanto o próprio homem, mas nossa história constitucional ainda não festejou seu primeiro milênio. Da mesma forma, muito antes do surgimento das atuais discussões sobre a bioética já se discutia, na Roma antiga, questões ligadas aos núcleos familiares, à adoção e à paternidade.

2 - *Coexistência*. As dimensões coexistem. A preocupação com todas é igual, da mesma ordem, ao mesmo tempo. Assim, a atenção dispensada a elas deve ser igualitária, em paralelo múltiplo. Não há prioridade de implementação.

3 - *Ausência de hierarquia*. A importância entre elas é igualitária, de forma a desautorizar qualquer afirmativa no sentido de que um dos temas aglutinadores seja mais importante que qualquer dos outros. As preocupações e questionamentos em torno do Estado têm a mesma relevância daquelas ligadas à ecologia ou às relações de trabalho ou a qualquer dos referenciais apontados a seguir.

A primeira dimensão surge com a passagem do Estado de natureza para o estado civil. A segunda com a necessidade de regulamentação da vida privada, orientada pelos direitos civis. A terceira vem em razão das discussões sobre ampliação do exercício do poder, os direitos políticos. A quarta está ligada às questões de natureza coletiva, quando surgem os direitos sociais, influenciados pelo trabalho em massa. Os direitos difusos, principalmente nas questões ambientais e de consumo, provocaram uma nova aglutinação, de muito destaque na atualidade. Os temas ligados às questões da Bioética, como manipulação genética, transplantes de órgãos e hibridação homem/máquina, entre outros, motivam a sexta dimensão.

Realidade Virtual, Inteligência Artificial e Internet são os principais acontecimentos ligados à telemática. Centralizam a discussão sobre o direitos de sétima dimensão.

O presente trabalho é desenvolvido com o intuito de estudar uma série de institutos ligados a esse tema.

No tocante à sétima dimensão, a armazenagem computacional e respectivo processamento estão ligados diretamente ao centro do problema. A atividade do computador começa no “bit”, um registro

binário. Passa pelo “byte”, um conjunto de bits que armazena o equivalente a um carácter. Em seguida tem-se os dados, depois as informações (dados especificamente ordenados). Após, o raciocínio (informações processadas) e o conhecimento. O último momento (até agora) é a inteligência.

Por outro lado, os conflitos ligados à telemática estão acontecendo, tipicamente, num confronto entre blocos, da seguinte forma:

A-. *Entre as grandes empresas mundiais.* Existem, hoje, no plano internacional, empresas ligadas ao “software¹” e outras ao “hardware²” praticando uma “dobradinha” de dominação econômica. Inobstante, elas competem todas entre si.

B-. *Entre essas e as pequenas empresas nacionais.* É praticamente impossível a competição em condições de igualdade entre elas. As alternativas jurídicas para minimizar a inferioridade das segundas estão localizadas prioritariamente em ações governamentais, na área de tributos, taxações e incentivos. Porém, é necessário enfatizar: o domínio da tecnologia da produção de equipamento e programas na área da telemática é altamente estratégico no contexto atual. Os desenvolvedores nacionais

¹ “Software” será entendido, ao longo deste trabalho, como a expressão de língua inglesa que define *programas de computador*. A expressão, mesmo que cunhada em língua estrangeira, é bastante utilizada no Brasil.

² “Hardware” define os equipamentos físicos ligados à informática, e, como ocorre com “software”, é palavra cunhada em língua estrangeira de utilização bastante comum no Brasil.

(empresas, universidades, órgãos de pesquisa, profissionais da área, etc.)
devem ser amplamente estimulados.

C-. Entre a soma das empresas, pequenas, médias, grandes e gigantes, de um lado, e os consumidores, de outro. Os padrões estabelecidos pelas parcerias empresariais da revolução digital criam uma sistemática de insatisfação mercadológica nos blocos de consumo, traduzida da seguinte maneira: o “software” impulsiona a superação do “hardware”, o qual evolui para oferecer uma maior capacidade de processamento e suportar um novo “software”, de forma tal que ambos estão superados dentro de poucos meses, obrigando os consumidores a novos desembolsos para que possam se manter inseridos no padrão mundial. Essa é uma associação econômica das mais espertas de nossa história, comparável a uma outra: carros e combustíveis fósseis. Com uma pequena diferença. A última é conservadora na questão do desenvolvimento, retardando evoluções no intuito de preservar seu mercado. Pergunto: há quanto tempo um carro mediano faz entre 10 e 15 Km com um litro de gasolina ? Os conglomerados do ramo não possuem tecnologia para reduzir o consumo ? Quanto à primeira, louve-se, é altamente evolutiva. Porém, por outro lado, as empresas de telemática, principalmente aquelas ligadas aos computadores, mais dinâmicas e anárquicas, estão utilizando, basicamente, conhecimentos acumulados nas áreas de direitos autorais e da propriedade industrial para

garantir uma posição de destaque no contexto globalizado do final do século. Um “software” ou o desenho de um processador vale-se de muitos estudos e pesquisas anteriores à sua produção, não sendo factível a afirmação de que é produto do esforço isolado de uma só pessoa ou um só grupo. Está havendo, aí, uma indevida acumulação de capital, e para minimizá-la, há duas ações possíveis: a). de caráter individual, no sentido da contenção do consumo individual. Nem sempre uma máquina e um programa “velhos” são, de fato, obsoletos, e a aposentadoria de um equipamento deve ser precedida de convenientes reflexões. b). de caráter global, no sentido puramente jurídico, com a desapropriação de direitos autorais e de propriedade intelectual, colocando-os à disposição de todos.

D-. *Entre o mercado e os trabalhadores.* A automação da produção industrial está provocando a redução dos postos de trabalho. De outro lado, os direitos autorais referentes ao desenvolvimento de “software” são, por força de lei, de propriedade da empresa empregadora, e não do trabalhador-desenvolvedor, salvo disposição contratual em contrário. Os questionamentos em torno desse dispositivo merecem, oportunamente, aprofundamentos.

E-. *Entre toda essa indústria e a pobreza.* Grandes fortunas da história da humanidade estão sendo formadas em torno da

telemática. Empresas e pessoas estão utilizando os conhecimentos acumulados ao longo da existência do homem para a consolidação de verdadeiros impérios. Nada mais justo que um percentual de suas acumulações seja destinado ao presente e ao futuro das populações. O ideal seria que tal ocorresse naturalmente, por iniciativa dos acumuladores. Não acontecendo, devemos pensar em uma solução político-jurídica coletiva.

Como se percebe, o volume de questões e tópicos é grande, e a enumeração feita serve, por enquanto, para evidenciar a necessidade se dedicar um pouco de tempo ao estudo do tema, delimitando-o, visto que não é possível, agora, analisar todo o contexto colocado.

A telemática , como figura central do cenário, será o objeto das análises iniciais.

1.3 A telemática.

Então vamos já apresentar uma definição da telemática, como o “*conjunto das técnicas de informática e das telecomunicações*”, assim apontada por MATHELOT³.

Essa definição é momentaneamente satisfatória, e, embora lacunosa, passiva e factível de questionamentos, cumpre um objetivo primário, qual seja, delimitar inicialmente o objeto central do trabalho.

Dentre as principais dúvidas está a de ser o melhor conceito um simples *conjunto* ou , ao invés, o *produto de uma adequada combinação* de elementos, sendo aqui entendidos: *combinação* como o ato de *ligar, unir* ou *fundir*; *produto* como *resultado, conseqüência*; e *conjunto* como *reunião de partes*, conforme os dicionários pátrios. Há uma situação na química, a qual, quando analisada de forma singela, enseja o seguinte raciocínio: o simples *conjunto* formado pelos átomos de hidrogênio e oxigênio constitui um objeto, e o *produto de uma adequada combinação de ambos* constitui outro, eis que, em condições específicas , gera a *água*, uma molécula com existência própria e características extremamente diversas daquelas desenvolvidas por seus componentes, chegando a materializar um dos maiores conflitos cognitivos da natureza, pois os dois primeiros são

³ MATHELOT, Pierre. A telemática, p.11.

gases altamente comburentes, e a última é um líquido praticamente sem capacidade de combustão.

O *produto*, nesse caso, desenvolve identidade própria, constituindo um outro objeto, específico e determinado, ou seja, surge um novo instituto, com características diversas, novas e, não raro, ilógicas, imprevisíveis e de difícil compreensão.

A aproximação dos institutos inicialmente aludidos apresenta uma situação um pouco mais ampla, que produz as seguintes conseqüências: *a)* de um lado, *reúne* as técnicas da informática e das telecomunicações, formando um *conjunto* no qual as características isoladas de uma e outra estão preservadas; *b)* de outro, *une-as, liga-as e as funde*, constituindo uma *combinação* que gera novas características, autônomas. Ou seja, ambas as situações estão presentes na definição da telemática. Há *conjunto* e há uma *combinação*.

Ela não é só o agrupamento das técnicas - apesar de também o sê-lo - , mas, além disso, é uma nova figura, ontologicamente modelada, que soma características da informática, das telecomunicações e os novos atributos gerados pela combinação apontada.

Embora não esteja configurada uma situação tão extremada como a da *água*, eis que as características dos componentes originários estão integralmente presentes na telemática, a constituição do seu conceito gera inovações, como, por exemplo, a internet..

Então, é um pouco mais satisfatória a definição da telemática como *o conjunto e o produto da adequada combinação das técnicas de informática e telecomunicações, no qual estão preservadas as características de ambas bem como gerados novos atributos.*

É necessário, então, definir as aludidas técnicas, com o cuidado de estabelecer um limite para a apresentação de definições acessórias, evitando um regresso ao infinito, no qual vão sendo definidos os componentes dos componentes e assim sucessivamente. Serão definidas *informática e telecomunicações.*

Informática é uma palavra surgida da contração das expressões *informação* e *automática*, geralmente creditada a DREYFUS⁴, o qual a definiu como a *“ciência do tratamento automático e racional da informação, considerada como suporte dos conhecimentos e das comunicações”*. Existem, igualmente, inúmeras polêmicas sobre os limites e sentidos desse conceito, mas vamos deixá-las de lado, por ora, mesmo

porquê a legislação nacional consagrou tal ponto de vista, através do artigo 3º. da Lei 7.232/84, o qual se transcreve:

*“Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, consideram-se atividades de informática aquelas ligadas ao **tratamento racional e automático da informação** e...”* (destacado do original).

O mesmo fenômeno envolve o conceito de telecomunicações, ou seja, há inúmeras polêmicas ao seu redor, mas a legislação nacional adotou uma posição, contida na Lei 4.117/62, e nos decretos 52.026/63 e 97.057/88.

Veja-se o artigo 4º. da Lei 4.117/62:

*“Art. 4º. Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a **transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer***

⁴ GARCIA, Dinio de Santis. Introdução à informática jurídica, p. 198

**natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos
ou qualquer outro processo eletromagnético.”**

(destacado do original).

Ao determinar a constituição dos serviços, o dispositivo define o que venha a ser *telecomunicações*.

Para concluir, resta explicar porque o instituto escolhido para centralizar o estudo foi a telemática, e não a cibernética.

Esta foi apontada por alguns juristas, entre eles Dinio de Santis GARCIA, ilustre pioneiro, como o grande referencial da influência da máquina e da informática sobre o direito, na sua obra “*Introdução à informática jurídica*”, na qual dedica vários capítulos à cibernética e à modelagem da “*juscibernética*”. Não há como negar suas preciosas conclusões, fruto de um trabalho corajoso e inovador. Porém, não há, igualmente, como negar a diversidade de conceituações da expressão “*cibernética*”, de AMPERE a WEINER, sendo ela tratada ora como afeta à política e à administração, ora como ligada às máquinas e aos homens, sendo que GARCIA a define como “*a ciência do controle e da comunicação*”

*nos seres vivos, na sociedade e nas máquinas*⁵, tendo essa definição sido formulada sob forte influência do pensamento de Norbert WEINER.

A telemática é um instituto mais singelo e descomplicado, embora não menos polêmico. Mas sedimenta de forma mais objetiva a delimitação de um universo de acontecimentos e sua incidência sobre o direito, restando claro quais são seus componentes, objetivos e técnicas, bem como a sua ligação com os fenômenos que geraram a necessidade do estudo em curso.

⁵ GARCIA, Dinio de Santis, ob. cit., p. 41.

2. AS QUATRO FACES DO IMPACTO DA TELEMÁTICA SOBRE O DIREITO

A revolução industrial provocou um grande número de alterações na vida humana. A maior foi a admissão, em definitivo, da máquina no cotidiano.

É claro que, em concepção mais simplista, a princípio, qualquer conjunto de alavancas, ou até mesmo uma só, pode configurar uma máquina⁶.

Nossa referência é mais propícia às máquinas integradas à eletrônica e à informática, culminando no atual sistema de produção informatizado, seja individual ou coletivo, digital ou físico, robotizado ou não.

É necessário contextualizar uma visão a seu respeito.

⁶ No dicionário Aurélio encontramos a seguinte definição: *Máquina*: 1. *aparelho ou instrumento próprio para comunicar movimento ou para aproveitar, pôr em ação ou transformar uma energia ou*

No 48º. ítem do artigo 6º. do Decreto 97.057/88, há uma definição de máquina relacionada com o contexto ora discutido. Vejamos:

*“48º. - **Máquina**: equipamento ou dispositivo baseado na tecnologia mecânica. ou combinações desta com as tecnologias elétrica ou eletrônica;”* (destacado do original).

A definição apresenta um relacionamento da máquina com a eletrônica, chegando mais perto de uma definição mais completa, a da *máquina inteligente*, a seguir apresentada:⁷:

um agente natural. ... 2. o conjunto orgânico das peças dum instrumento;... 8. multiplicidade de coisas que se relacionam entre si.

⁷ PFAFFENBERGER, Bryan. Dicionário dos usuários de micro computadores, p. 397.

máquina inteligente smart machine

Qualquer dispositivo que contenha componentes eletrônicos baseados em microprocessadores, permitindo que execute seqüências operacionais alternativas com base em condições externas, ou repita determinadas operações até que uma condição seja atendida, ou execute uma série de instruções repetidamente.

Os microprocessadores se tornaram tão baratos que podem ser incorporados até aos equipamentos mais prosaicos da vida cotidiana, como torradeiras, máquinas de café e fornos. Na Universidade de Virginia, um estudante de engenharia criou uma churrasqueira controlada por microprocessador que assa lentamente a carne sempre mantendo a temperatura ideal. Um sensor de temperatura indica ao microprocessador quando a carne está quente ou fria demais, e ajusta o elemento aquecedor elétrico. Um programa de análise determina o tempo exato de preparo. Os provadores que testaram a invenção ficaram impressionados com os resultados.

Trata-se, pois, de um mecanismo qualificado. Há uma certa contaminação pelos sabores da informática na máquina inteligente.

Hoje, a máquina informatizada é presença certa em nossos atos, com percentual a ser definido pelo agente, aumentando ou diminuindo em razão da conveniência pessoal, mas sem nunca deixar de existir, ainda que involuntariamente, materializando a concepção de Negroponte ⁸, segundo a qual *“a informática não tem mais a ver com computadores. Tem a ver com a vida das pessoas.”*

Diante de tal contexto, tudo leva a acreditar que haverá um duplo envolvimento do jurista com os temas agrupados em torno da telemática, *“quer quanto à utilização da máquina como instrumento de*

trabalho, quer no concernente aos problemas por ela provocados no âmbito do Direito”, como afirmou NOGUEIRA⁹

Esse apontado *duplo envolvimento* acaba por desdobrar-se de forma tal a que o impacto da telemática sobre o direito assume as seguintes faces: 1- No âmbito da aplicação das técnicas e ferramentas, traz a produção de instrumentos técnicos para a melhoria das atividades de formação e aplicação do direito; e, no âmbito dos problemas de ordem estritamente jurídica, traz: 2-. A discussão em torno da alteração das diversas rotinas jurídicas; 3-. A necessidade de tratar a realidade criada pelas as atividades de exploração de novos espaços pela humanidade; 4.- O surgimento de uma nova dimensão.

O objetivo desta fase do presente trabalho é tentar avaliar a repercussão de cada uma dessas hipóteses no mundo jurídico. As dificuldades são imediatas, sendo a maior delas o estabelecimento de limite entre ficção e realidade, tendo em vista a rapidez com a qual anuncia-se ser hoje possível fazer algo que ontem não o era.

2.1 Desenvolvimento de ferramentas.

⁸ NEGROPONTE, Nicholas. A vida digital, p. 11.

⁹ O fez prefaciando a obra de Dinio de Santis GARCIA, já citada, p. 9.

Proveniente de programa ou equipamento, o impacto aqui gerado é, inicialmente, de conseqüências individuais, incidindo no labor diário como instrumento de imediata evolução qualitativa e quantitativa da força de trabalho

O somatório das técnicas que constituem a telemática, oferecem a possibilidade de desenvolvimento de diversas ferramentas que vão facilitar as tarefas diárias de formação e aplicação do direito. A instalação de redes, a emissão de sinais, a comunicação a distância, o desenvolvimento de “softwares” específicos, a aplicação da telepresença, entre outras atividades, estão entre as muitas a serem desenvolvidas no cotidiano dos trabalhos jurídicos.

Serão dedicadas algumas linhas aqui às possibilidades oferecidas pela inteligência artificial e algumas de suas técnicas, comparando-as, quando possível, a figuras tradicionais do raciocínio jurídico, como, por exemplo, a analogia.

Veja-se, então, uma visão, introdutória e superficial, sobre como possa ser definida a inteligência artificial¹⁰:

“ Inteligência artificial - artificial intelligence

O campo da ciência da computação que busca aperfeiçoar os computadores dotando-os de algumas características peculiares da inteligência humana, como a capacidade de entender a linguagem natural e simular o raciocínio em condições de incerteza.

Muitos pesquisadores da inteligência artificial admitem que a IA falhou em alcançar seus objetivos, e os problemas que impedem seu avanço são tão complexos que as soluções podem demorar décadas - ou até séculos. Ironicamente, as aplicações da Inteligência artificial que, antes, eram consideradas as mais difíceis (como programar um computador para jogar xadrez ao nível dos grandes mestres) acabaram sendo produzidas com razoável facilidade, e as aplicações consideradas, a princípio, como mais

¹⁰ PFAFFENBERGER, Bryan. Dicionário dos usuários de micro computadores, p. 347.

tranqüilas (como a tradução de Idiomas) têm-se mostrado extremamente complicadas.

Contudo, as tentativas de dotar os computadores de inteligência foram, sob certos aspectos, compensadoras: elas comprovaram a quantidade inacreditável de conhecimentos que os seres humanos utilizam em suas atividades cotidianas, como decodificar o significado de uma frase falada. Douglas Lenat, pesquisador de inteligência artificial que está tentando transportar para o computador uma boa parte de seus conhecimentos de vida, assinala que o computador não consegue decodificar plenamente nem trabalhar com frases como 'Sr. Almeida está em São Paulo' sem antes registrar uma infinidade de informações como 'Quando uma pessoa está numa cidade, seu pé esquerdo também está na cidade'. Se, algum dia, você já acordou preocupado com a possibilidade de que os computadores estivessem ficando mais Inteligentes que os seres humanos, este exemplo servirá para tranquilizá-lo".

Fazer uso dessa técnica e tentar desenvolver uma ferramenta computacional lógica para auxiliar na tarefa do estudo de dados jurídicos envolve um trabalho dificultoso, qual seja, analisar a forma escolhida pelo homem para se comunicar e materializar suas normas: a codificação da palavra em símbolos abstratos e rigorosas regras gramaticais.

Tal sistemática é relativamente recente, levando-se em conta a existência humana, e, até a idade média, ainda estava limitada aos padres e eruditos. Eles entendiam a codificação, e a maioria das pessoas era analfabeta¹¹. Nos dias de hoje, o número de analfabetos ainda é grande e ainda é relativamente restrito - embora não tanto quanto antes - o universo daqueles que realmente dominam a técnica da escrita.

Vale lembrar que *“a invenção e a difusão da técnica da escritura, somada à compilação de costumes tradicionais, proporcionam os primeiros códigos da Antiguidade, como o de Hamurábi, o de Manu, o de Sólon e a Lei das XII Tábuas”*¹².

Naqueles tempos, no surgimento das primeiras codificações, estava em curso a maior mudança do direito ao longo de sua

¹¹Conforme afirmação de Francis HAMIT, in “Realidade virtual e a exploração do espaço cibernético”, p. 36.

história, quando se passou a considerar a escrita um mecanismo superior à memória das pessoas para a armazenagem das normas¹³, pelo simples fato de ser uma técnica mais segura. Isso modificou profundamente o direito e as formas de organização social, e os grandes sábios, líderes e tiranos deixaram de ser a fonte do direito, passando a ser intérpretes.

Ou seja, o surgimento de uma nova técnica de comunicação e registro de informações foi o responsável pela maior mudança até então registrada no universo jurídico, e não, ao contrário do que se possa imaginar inicialmente, a discussão de novos temas que foram surgindo com o passar dos anos.

Então, dada a posição atual da escrita nas formas de estruturação e armazenagem dos comandos do direito, o estudo e desenvolvimento de qualquer sistemática de tratamento automático e inteligente das informações jurídicas envolve, basicamente, duas tarefas: 1. *O TRATAMENTO DA LINGUAGEM NATURAL*; 2. *A BUSCA DE NOVAS TÉCNICAS DE ARMAZENAGEM*.

Na primeira, é necessária a estruturação de um mecanismo que faça uma leitura de textos e, devidamente orientado,

¹²A assertiva é de WOLKMER, in “Fundamentos de história do direito”, p. 20.

¹³ Cf. SUMMER MAINE, citado por WOLKMER, ob. cit., p. 20.

identifique uma série de características relevantes para o utilizador, em algumas etapas específicas. Deve buscar referências superficiais e estáticas, como datas, nomes, números, etc. Deve identificar assuntos, temas e subtemas. Deve, igualmente, detectar conclusões e lições, destacando-as. Além, é claro, de outras funções.

Na segunda tarefa, cabe indagar sobre o retorno às origens da linguagem. Explicando: as primeiras formas de escrita eram pictográficas, e, no âmbito computacional, o desenvolvimento de linguagens e interfaces está nos permitindo o uso de ícones (formas pictográficas)¹⁴, um meio de comunicação mais confortável e prático do que a ortografia.

Isso está nos permitindo idealizar um avanço significativo na comunicação, segundo o qual “textos escritos vão dar lugar a imagens mentais que apresentam tanto objetos reais quanto simbólicos e enfatizam a interação e a experiência em detrimento do aprendizado passivo.”¹⁵(Destacado do original).

No sentido de se buscar, no plano prático, essa evolução anunciada, tem-se um poderoso referencial: a interseção entre a inteligência natural - IN - e a inteligência artificial - IA -, onde é possível tentar

¹⁴Segundo constatação de HAMIT, ob. cit., p. 36.

¹⁵HAMIT, ob. cit., p. 226.

conciliar a velocidade de processamento da segunda e a sofisticação da primeira, como apontou EPSTEIN¹⁶.

A inteligência artificial, dentro do contexto ora delimitado - sem prejuízo da definição já apresentada - pode ser entendida também, em uma ótica ainda bastante primária, como “o conjunto de técnicas utilizadas para tentar realizar autômatos adotando comportamentos semelhantes aos do pensamento humano”, como apontou MORVAN¹⁷.

Sabemos que a IN perde para a artificial na capacidade de busca e exame de opções, mas é superior em tarefas refinadas e perceptivas, como fazer analogias e criar metáforas.

Assim, um mecanismo que combine técnicas de IN e IA, buscando uma adequada manipulação da linguagem natural, permite a identificação de idéias dentro de um texto jurídico.

Porém, é importante enfatizar que um passo no sentido de buscar, no corpo de um escrito, aquilo que uma pessoa “pensou”, ou seja, suas idéias e conclusões, está teleologicamente ligado ao desejo de se buscar aquilo que uma pessoa realmente “sentiu” ao analisar o tema sobre o qual escreveu.

¹⁶IN “Cibernética”, p. 81.

¹⁷Citado por EPSTEIN, ob. cit., p. 66.

Vale frisar que a IA é um instrumento típico da informática, moldado por ela. Para o delineamento da interseção apontada, vamos destinar alguma atenção a algumas figuras ligadas à inteligência natural, como o raciocínio analógico, pré-existente aos computadores¹⁸:

raciocínio analógico *analogical reasoning*

Uma forma de conhecimento na qual a dinâmica de um fenômeno do mundo real – como a aerodinâmica de um avião que se pretende construir – é compreendida a partir do estudo de um modelo do fenômeno. Uma das maiores contribuições da informática foi reduzir o custo (e aumentar a conveniência) do raciocínio analógico.

O raciocínio analógico era comum antes do computador, conforme atesta o uso de maquetes de aviões em túneis de vento. Como reduzem muito o custo do raciocínio analógico, os computadores provocaram uma verdadeira explosão de descobertas analógicas – e, a propósito, no tempo certo. Os cientistas admitem, cada vez mais, que a maioria dos fenômenos do universo não se caracteriza pelas relações simples do tipo $f=ma$ que distinguem as grandes descobertas da física; pelo contrário, os sistemas complexos – como o sistema imunológico humano, as sociedades humanas, a ecologia, o clima do mundo e a interação das estruturas cosmológicas de grande escala – se caracterizam por um comportamento não-linear e caótico, que não pode ser descrito por equações simples. Esses sistemas não podem ser entendidos por outros meios que não o raciocínio analógico. Ao permitir que a humanidade crie modelos analógicos de abrangência sem precedentes, os computadores possibilitaram o surgimento de uma nova ciência: a ciência da complexidade.

Esse instituto, anterior aos computadores - como já dito -foi adequadamente incorporado pelas tecnologias da informática, assim como o raciocínio baseado em casos. É claro, sabemos, o raciocínio baseado em algum caso é algo quase tão velho quanto o hábito humano de

¹⁸ PFAFFENBERGER, Bryan. Ob. cit., p. 572.

“andar para a frente”. Porém, aqui se trata de uma nova ferramenta da inteligência artificial que utiliza tal nomenclatura, assim definida¹⁹:

*“O **Raciocínio Baseado em Casos (RBC)** é uma ferramenta de raciocínio da Inteligência Artificial (IA). A filosofia básica desta técnica é a de buscar a solução para uma situação atual através da comparação com uma experiência passada semelhante. O processo característico de RBC consiste em : identificar a situação atual, buscar a experiência mais semelhante na memória e aplicar o conhecimento desta experiência passada na situação atual”.*

Porém, a análise de figuras de apoio ao raciocínio não pode ser realizada, aqui, sem a presença da analogia, um dos mais eficazes e pertinentes instrumentos de integração dos comandos do direito.

Segundo Bobbio²⁰:

¹⁹ WEBER-LEE, Rosina. Raciocínio baseado em casos. Texto apostilado.

²⁰ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 151.

*“Entende-se por ‘**analogia**’ o procedimento pelo qual se atribui a um caso não-regulamentado a mesma disciplina que a um caso regulamentado semelhante.*

...

.....

*“A **analogia** é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema, normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados.”*

(Destacado do original) .

A noção é de utilidade indubitável, e a delimitação da análise da semelhança, ponto de contato entre os casos, é necessária²¹:

²¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 151.

*“Para que se possa tirar a conclusão, quer dizer, para fazer a atribuição ao caso não-regulamentado das mesmas conseqüências jurídicas atribuídas ao caso regulamentado semelhante, **é preciso que entre os dois casos exista** não uma semelhança qualquer, **mas uma semelhança relevante**, é preciso ascender dos dois casos a uma qualidade comum a ambos, que seja ao mesmo tempo a razão suficiente pela qual ao caso regulamentado foram atribuídas aquelas e não outras conseqüências.”* (Destacado do original).

Não pode ser confundida com a interpretação extensiva, nem ambas com o silogismo. Esse possui um mecanismo vertical de obtenção de conclusões, enquanto aquelas se valem de um recurso horizontal, mas, distintamente²²:

“Mas qual é a diferença entre analogia propriamente dita e interpretação extensiva? Foram elaborados vários critérios para justificar a distinção. Creio que o único critério aceitável seja aquele que busca colher a

diferença com respeito aos diversos efeitos, respectivamente, da extensão analógica e da interpretação extensiva: o efeito da primeira é a criação de uma nova norma jurídica; o efeito da segunda é a extensão de uma norma para casos não previstos por esta”.

O somatório dos instrumentos, espera-se, produzirá bons resultados, e o comparativo tem a finalidade de demonstrar tal possibilidade, bem como a viabilidade da interseção.

Inobstante, é certa a necessidade de atenção à produção de ferramentas, enfatizando que tal atividade, que gerará novos métodos e técnicas de armazenamento e manipulação de informações, embora não seja diretamente ligada à ciência jurídica, vai provocar fortes reflexos sobre o direito, como a escrita o fez.

2.2 Discutindo as novas rotinas.

²² BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, p. 151.

A aplicação das ferramentas aludidas no capítulo anterior gera um trabalho de adaptação das rotinas de formação e aplicação do direito. A utilização da inteligência artificial, do periférico captador de comandos de voz para os computadores, dos sistemas especialistas e da realidade virtual, entre outros, em um primeiro momento, já produz a conclusão de que a realidade processual e a atividade de formação da prova sofrerão modificações, com ampla repercussão legal.

Aqui deve-se estudar a aplicação dos sistemas especialistas²³ no trabalho de coleta de informações estáticas, como legislação e jurisprudência, com o auxílio da engenharia do conhecimento²⁴, tendo em vista a vastidão das informações, bem como da inteligência artificial²⁵ no processamento de informações não numéricas, indagando

²³ “São sistemas que fornecem conclusões peritas acerca de assuntos especializados. A medicina é o principal campo de aplicação de tais sistemas, tendo sido desenvolvido nesta área o mais famoso sistema especialista, que é o Mycin. Os sistemas especialistas têm, também, aplicações em muitas outras áreas de conhecimento. Há sistemas no campo de prospecção mineral, na matemática, onde se podem provar teoremas ou efetuar derivação e integração formal; na química, onde o estudo de novos compostos químicos pode ser facilitado; no ensino em geral, podendo o aluno aprofundar seus conhecimentos, abordando sistemas de sua área específica. Até um vendedor ambulante pode levar consigo um sistema que o ajude a explicar um produto tecnologicamente avançado que ele esteja vendendo.”, conforme Renato Antônio RABUSKE, in *Inteligência Artificial*, p. 28.

²⁴ “Uma das principais áreas de pesquisa deverá ser a engenharia do conhecimento, aparecendo cursos universitários com orientação particular para este tema. As formas atuais de reunir conhecimento, para armazená-lo em computador, certamente não são os modelos do futuro. Por um lado, há um imenso acervo de informação que a humanidade produziu durante milênios, que está armazenado em escritos. Por outro lado, há uma clara tendência de que o meio eletrônico seja uma forma importante de armazenar informações. Tanto uma quanto a outra forma de armazenar informações não deixam a comunidade científica tranquila quanto ao acesso e aproveitamento pleno das mesmas.”, conforme RABUSKE, p. 27.

²⁵ Complementando as afirmativas anteriores, citamos novamente RABUSKE, o qual afirma que “Arnold e Bowie (1986) recorreram ao dicionário, no qual encontram as definições de inteligência e de artificial. Inteligência é a capacidade de adquirir e de aplicar conhecimentos. A faculdade de pensar e raciocinar. A tarefa de acumular informação. E artificial é definida como aquilo feito pelo homem, em vez de ocorrer na natureza. Feito em imitação a alguma coisa natural. Se associadas

sobre a validade de tais procedimentos, quando realizados em caráter oficial.

A diferença da abordagem realizada no tópico anterior, semelhante, consiste no fato de que lá a atividade é pesquisar e desenvolver novos meios, enquanto que aqui se discute a regulamentação do impacto das novas técnicas, bem como seus limites e validade.

Não há dúvida de que a captação computacional da voz, diretamente, possibilitando comandos sonoros, eliminando a digitação, vai modificar o conceito de audiência.

Por outro lado, é histórica a dificuldade de se auferir exatamente o que uma pessoa quis dizer, o que ela realmente viu ou presenciou. É difícil captar todos os detalhes de uma passagem e transmiti-los a outrem, relatando sem falhas uma situação material, sem falar na hipótese da mentira, até certo ponto comum em testemunhos.

estas duas definições, ter-se-á uma definição trabalhável de IA: 'Capacidade de adquirir e aplicar conhecimentos implementada pelo humano'.", e, adiante, "A definição preferida depende da pessoa. Depende, sobretudo, dos interesses e objetivos da pessoa. Nós preferimos dizer que IA é o resultado da aplicação de técnicas e recursos, especialmente de natureza não numérica, viabilizando a solução de problemas que exigiriam do humano certo grau de raciocínio e de perícia. A solução destes problemas com recursos tipicamente numéricos é muito difícil. Por isso é que IA caracteriza uma nova era da computação, a era do processamento não numérico.", ob. cit., p. 21.

Como afirmam autoridades da informática, “a linguagem natural é um seríssimo problema a ser superado”²⁶, e isso vale não só para as máquinas, mas também para os homens. Em relação à veracidade de declarações, em alguns estados americanos vêm sendo buscados sistemas de detecção de mentira (polígrafo), em fase policial, meramente indicativos e facultativos. Esta pode ser a porta de entrada para a análise jurídica das sensações humanas. Somente tendo acesso às sensações alheias é que o homem poderá estruturar uma forma de prolação de julgamentos judiciais melhor do que a atual, ensejadora de decisões notoriamente lacunosas. Para viabilizar tal aplicação, pode-se recorrer à Realidade Virtual. Mas todas essas aplicações não podem ser feitas sem a devida discussão antecedente, e respectiva normatização, salvo experiências acadêmicas..

2.3 Busca de novas fronteiras

Neste tópico, analisa-se os reflexos do ímpeto expansionista do homem, fortemente potencializado pela telemática, onde, hoje, é muito difícil separar realidade e ficção. As atividades exploratórias mostraram novos continentes e levaram o homem à Lua. Atualmente, estão

²⁶ RABUSKE, ob. cit., p. 27

ocupando a órbita terrestre, ensaiando “habitats” interplanetários e submarinos e admitindo incursões às camadas inferiores do planeta, o que jamais seria feito sem o auxílio direto da *máquina inteligente*. Da mesma forma, o controle e acompanhamento dessa atividade expansionista somente pode ser feito através dos recursos da telemática.

Mas, a par das possibilidades futuristas, hoje, face aos acontecimentos já consumados, é necessário debater um grande número de questões:

A Lua pode ser território de algum país ? O tráfego de satélites deve ser livre ? o Lucro das atividades orbitais privadas deve ser tributado por todos os países ? Alguma empresa tem o direito de passar com um satélite por sobre a sua casa, mesmo que em órbita superior aos mil quilômetros? Deveremos reestudar o conceito de território, e o de soberania e o de Estado ? Quem pode dirimir os conflitos privados em órbita ? Os eventuais “engarrafamentos” de freqüência podem gerar responsabilidades em caso de prejuízos ? As atividades de visualização poderão constituir invasão de privacidade ou ameaça à soberania ? Haverá risco de efetiva redução do livre-arbítrio ? A proliferação de sinais eletromagnéticos provocará danos ambientais ? Riquezas do fundo do mar são particulares, públicas nacionais ou públicas internacionais ? O município alagado tem

direito a qual parcela dos lucros da hidrelétrica ? Atividades de exploração e pesquisa orbital, submarina e intraterrestre, podem ser consideradas de utilidade pública internacional, ou essenciais à humanidade ?

São questões atuais. Principalmente quanto aos satélites, cuja explosão está em pleno andamento, a todo vapor, eis que *“as maiores empresas de comunicação do mundo prometem: dentro de dois anos, começarão a circundar o planeta mais de 1.000 novos satélites, transmitindo sinais de telefone, fax, TV e ligando computadores. Hoje, estão em órbita apenas 150.”*²⁷.

Está caminhando uma estrondosa mudança das comunicações, cercada de investimentos privados e de iniciativas particulares, como mostra o quadro anexo²⁸.

²⁷ SHIMIZU, Heitor. As novas estrelas da comunicação. In: Superinteressante, número 5, p. 30.

²⁸ SHIMIZU, ob. cit., p. 32.

PROJETO	NÚMERO DE SATÉLITES	ÓRBITA ESTIMADA (altitude, Km)	EMPRESAS	CUSTO ESTIMADO
Ecco	12	2.000	Inpe, Telebrás, Bell, Atlantic, Texas Instruments e Martin Mareta	400 milhões de dólares
Ellipso	24	7.800	Farchild Space, IBM, MCHI, Westinghouse e Israeli Aircraft	Não divulgado

Diante de tal quadro, já é admissível falar em engarrafamento, não dos satélites, mas das faixas de freqüência, evidenciando preocupações oficiais com a interferência de transmissões.

O regramento de tal situação é tarefa dificultosa, mas, desde já, vem demonstrando, novamente, a presença de um histórico e crônico problema do direito, o de correr atrás de uma situação já consolidada, síndrome da “tranca em porta arrombada”. Outra questão é saber se alguém centralizará poderes eminentemente administrativos, como regulamentar e disciplinar.

Cabe salientar que, quanto aos satélites, a realidade está aflorando, pois os projetos, em sua maioria, tem conclusão prevista para 1997.

Globalstar	48	1.414	Loral Qualcomm Satellite, Alcatel, Hyundai e Vodafone	1,8 bilhões de dólares
Inmarsat P	10	10.300	KDD, Deutsche Telecom, British Telecom, Comsat e Embratel	2,6 bilhões de dólares
Iridium	66	780	Motorola, DDI, Sony, Mitsubishi	3,4 bilhões de dólares
Odissey	12	10.354	TRW	1,5 bilhão de dólares

Tarefa multidisciplinar que envolve vários ramos do direito, do administrativo ao internacional, o estudo de tais questões ocupará tribunais internacionais em futuro bastante breve, despertando problemas de competência não imaginados por qualquer de nossos medalhões do direito adjetivo.

Uma das questões centrais, já levantada, diz respeito ao conceito próximo vindouro de Estado diante da necessidade da administração corriqueira de espaços comuns. Se a prefeitura administra o trânsito urbano, a União cuida das rodovias federais, alguém deverá se ocupar dos satélites privados, em âmbito internacional, salvo a possibilidade de algumas potências mundiais desejarem a posse informal do espaço, o mesmo valendo para o fundo do mar, sabidamente rico em matérias orgânicas e minerais.

Ainda quanto à elevação do número de satélites em órbita, os referenciais militares reafirmam tal realidade, e constituem poderosa referência. Em tal âmbito, a capacidade de manobra dos satélites de órbita baixa ou semi-síncrona²⁹ é ponto fundamental nas discussões estratégicas atuais, tendo em vista dois fatos: 1. a importância dos satélites

²⁹ “Os tipos de órbita, que estão sempre ligados à missão dos satélites, podem ser caracterizados da seguinte maneira: 1) Baixa - altura de 150 a 2.000 km~circular, polar com período de 100 minutos e inclinação entre 65° a 115°. 2) Geosíncrona - altura de 36.000 km~circular. 3) Elíptica alta - perigeu hemisfério sul a cerca 50km e apogeu hemisfério norte a 40.000 km; inclinação 63°. 4)

na navegação de mísseis de alta precisão, os famosos “cruise”, responsáveis pelo feliz sucateamento do arsenal nuclear; e 2. o surgimento de tecnologias anti-satélite, com destruição³⁰ dos mesmos, e excessiva elevação de custos.

2.4 A nova dimensão

O termo “dimensão” é de difícil conceituação. O sentido aqui empregado não é o da geometria analítica, mas um outro que defina um espaço no qual seres interagem, praticam atos, identificam-se e se comunicam.

Nossa existência física materializa isso, pois temos um corpo, trabalhamos, emitimos sons, locomovemo-nos, comemos, percebemos outras presenças físicas, etc. Tal realidade gerou conceitos de ordem jurídica, como capacidade, ato jurídico, domicílio, imóvel, crime, tributo, e outros.

Semi-síncrona - altura 20.000 km~circular; inclinação 63° a 65°.”, conforme Antonio Carlos de Freitas PEDROSA, Cel Av., In: Revista Aeronáutica, número 147, p. 45.

³⁰ PEDROSA, Antonio Carlos de Freitas, p. 46.

A comunicação em redes coletivas, cujo expoente atual é a internet, possibilita ao ser humano outro tipo de interação:

*“Pois a grande estrada da informação que se avizinha - e da qual a internet é apenas um pálido esboço - colocará em nossas mãos, diante dos nossos olhos, boa parte do acervo de cultura e tecnologia da humanidade, e o acesso quase direto às forças vivas desse conhecimento. Cidadãos do mundo, enfim. Uma coisa é certa: a nova infra-estrutura que estamos construindo (a primeira da economia globalizada) amplificará tudo o que a sociedade tem de bom e de ruim. E, depois, **produzirá novas formas de relacionamento pessoal**, redefinirá as cidades (teremos um endereço físico e um endereço eletrônico), revolucionará a escola e viabilizará tipos de empresas que apenas começamos a imaginar. Seus maiores perdedores serão os intermediários de todos os tipos: agentes, representantes, corretores. Ou os indiferentes. Ou os que não souberem utilizá-la. Seus principais beneficiários serão os detentores de*

informações. Ou os que souberem utilizá-las. O paradoxo disso tudo é que o casamento da informática com as telecomunicações (consumado pelo cybersex!) é, sob outros aspectos, perfeitamente tradicional: indissolúvel, sem desquite ou divórcio. E não há morte que as separe.”³¹.

“Identidade”, “domicílio”, “capacidade”, “moeda”, “dano”, “registro”, “documento”, “pagamento” e diversos outros institutos jurídicos básicos surgem dentro do ciberespaço³², a dimensão identificada por Willian Gibson, formada pelas redes de computadores, onde tudo acontece virtualmente, diálogos, compras, pesquisas, trabalho, etc, bem como as transações bancárias. *“Anote o endereço da agência bancária de maior futuro no mundo: bank.digicash.com. Onde fica ? Virtualmente, no mundo todo.”³³.*

Tratou o homem de, imediatamente, inventar o dinheiro cibernético, a moeda virtual, o “E-cash”, visando garantia das

³¹ XIMENES, Fernando Barcellos. Enfim, cidadãos do mundo. In: Informática Exame, número 109, p. 17.

³² Apesar de utilizado anteriormente pela ficção científica, o vocábulo encontrou sua melhor expressão no romance *cyberpunk* de Willian GIBSON, “Neuromancer”, que identifica o universo formado pelas redes de computador como um espaço de ação humana, onde há interação.

operações em rede. E o direito das obrigações, como vai definir o local do pagamento ? Sim, pois tendo em vista a alteração dos referenciais de dia (horários) e distância, entre outros, o local de pouco importará, e, eventualmente, será mais cômodo um contato com outro continente do que com o vizinho físico.

Há razões consistentes para isso, pois *“no ano passado, os negócios feitos via internet usando apenas cartões de crédito como pagamento chegaram a 200 milhões de dólares. A previsão para este ano é de 1,2 bilhão de dólares.”*³⁴

É grande a expectativa sobre o comportamento do direito na infovia³⁵, surgindo a questão sobre a caracterização da relação jurídica.

A concentração da vida burocrática em redes traz benefícios enormes. Imediatamente, a redução de deslocamentos físicos e

³³ Dinheiro cibernético. In: revista Veja, número 25, edição 1.397, p. 96, autor não identificado.

³⁴ Dinheiro cibernético. In: revista Veja, número 25, edição 1.397, p. 96, autor não identificado.

³⁵ “Hoje, a Rede Nacional de Pesquisa, RNP, coordena de forma descentralizada a atribuição de endereços, opera vários nós da rede e paga o custo das conexões entre as capitais do país e de outra ao exterior. Os Estados por sua vez pagam às empresas telefônicas locais o custo das conexões estaduais, e assim sucessivamente. O resultado desse sistema de gestão e de custeio é que não há autoridade centralizadora de iniciativas, as despesas são rateadas e o usuário paga apenas o custo da conexão de seu computador até o ponto da RNP mais próximo. Esse modelo organizacional e de custeio tem recebido o nome de infovia, em analogia com a estrutura viária, composta de rodovias federais, estaduais e vicinais. Quanto maior a malha, menor o custo de escoamento de bens a partir das pontas.”. VARGAS, José Israel. Um caminho para a internet. In: Informática Exame, número 109, p. 142.

melhoria do trânsito. O melhor aproveitamento do tempo para atividades realmente úteis, evitando-se a perda de tempo em filas de banco e sinais de trânsito. Boa parte da força de trabalho humana vai para as redes, de diversas formas.

Uma delas é o BBS, abreviatura de “bulletin board system”, ou sistema de quadros de avisos. Trata-se de uma central de dados, dos mais diversos, acessada por um computador, e que possibilita a comunicação dos mesmos, com envio e recebimento de diversos tipos de registros, desde simples textos até programas ou sistemas complexos (incluindo o Windows 95). Um BBS é uma sede de determinadas informações, que se pode acessar de várias formas. Diretamente por ligação telefônica comum, ou através de redes como a internet ou a renpac³⁶. No Brasil, em maio de 1995, haviam por volta de 300 BBS em funcionamento, para cerca de 100.000 modems instalados e 45.000 usuários aproximados. Na mesma época, nos EUA, haviam cerca de 66.000 BBS em funcionamento³⁷.

Sob outros aspectos, há muito o que se esperar. Pela primeira vez na história do direito há a possibilidade da existência de normas de aplicação instantânea, que, ao invés de simplesmente proibirem um

³⁶ Rede pública de comunicação de dados por comutação de pacotes, gerida pela Embratel.

comportamento e estipular sanção para um certo ato, impeçam sua prática. Nada mais frustrante do que ver uma Lei desrespeitada por pura falta de coerção estatal.

A moeda, porém, tem duas faces, e há registros de que *“o historiador Políbios acreditava que o ditador de Esparta, Nobis, aproximadamente 200 anos antes de Cristo, dispunha de um robô para obrigar os cidadãos recalcitrantes a pagarem os seus impostos conforme diz a história.”*³⁸.

A possibilidade de uso da tecnologia como mero instrumento de manutenção do poder faz surgir necessidade de mecanismos de contrapeso, como já é comum em algumas áreas, em determinados países, geralmente nos meios de comunicação, limitando tanto a iniciativa privada como o poder público, tentando dificultar a formação de monopólios.

Resguardada de arbítrios e manipulações, a serem cuidadosamente evitados, a legislação “on line” vai permitir uma existência completamente revolucionária do direito, resolvendo, de imediato, o enigma

³⁷ O mundo chegando ao micro. In: revista Veja, número, 19, edição 1.391, p. 61, autor não identificado.

³⁸ RABUSKE, ob. cit., p. 24.

eventual apontado por GARCIA³⁹, sobre a real dificuldade de se ter a certeza de que uma determinada lei está ou não em vigor.

Porém, é importante salientar que a tecnologia, assim como a renda, deve ser distribuída para que tenha sua melhor utilidade, sob pena de se provocar a reversão de todos os seus benefícios, cristalizando-se uma sociedade injusta e sombria.

Enfim, a discussão continuada e aberta fornecerá referenciais para a definição das opções mais úteis⁴⁰.

2.5 Aspectos correlatos

Cabe lembrar questões que não podem ficar de fora. A evolução tecnológica tende a aumentar a distância entre elites e excluídos. Isso precisa ser combatido e uma certa resistência a atividades puramente comerciais na internet é um bom sinal, pois a questão é, antes de mais nada, social e econômica, não sendo possível falar em difusão de tecnologia e conhecimento sem equilíbrio de rendas.

³⁹ GARCIA, Dinio de Santis, ob. cit., p. 86.

No âmbito das relações de trabalho, as novas tendências de automação apontam para a redução do número de empregos diretos. Na própria indústria de hardware, no Brasil, houve significativa redução de vagas, de 74.390 postos em 1989 para 33.298 em 1993, com paralela estabilização do faturamento⁴¹.

De outro lado, paralelamente aos temas centrais, praticamente todo o aparato aqui abordado necessita de energia elétrica, e sua geração e distribuição causa inúmeros conflitos, ainda timidamente discutidos. No Brasil, ainda há dúvidas sobre a participação nos lucros e tributos decorrentes da energia elétrica gerada por usinas hidroelétricas, como Itaipú. A construção de usinas nucleares preocupa a todos no mundo inteiro. Há necessidade de estudo de tais conflitos, visando minimizá-los.

Finalmente, as estruturas de poder sofrerão grandes modificações, as maiores da história da humanidade, até aqui. A possibilidade de as pessoas prescindirem de certas formalidades, o contato direto a nível mundial, eliminando políticos, generais e padres, entre outros, vai gerar um novo conceito de sociedade.

⁴⁰ “É do confronto de argumentos favoráveis e contrários que vai surgindo e se afirmando a tese.”. LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica, Porto Alegre, Fabris, 1985, p. 157.

⁴¹ Dados fornecidos pela Secretaria de Política de Informática e Automação do Ministério das Ciências e Tecnologia, publicados pela revista Byte, v 4, n° 8, p. 29.

3. O CIBERESPAÇO E O DIREITO

3.1 Introdução

Dentre os mais diversos institutos propiciados pela evolução da telemática, o de maior relevância chama-se *ciberespaço*. Ele materializa o surgimento de uma nova realidade comunicativa para o homem, a nível mundial, o que exige o estudo das figuras básicas do direito e da ciência jurídica. A definição, evolução e o estudo do direito devem ser avaliados dentro desse novo ambiente. Discute-se qual o resultado de uma análise ôntica e deôntica de conceitos jurídicos básicos, como “pessoa”, “capacidade”, “Estado”, “ato jurídico”, “crime”, “quitação”, “soberania”, “dano”, “responsabilidade”, de um lado, e “ordenamento jurídico”, “norma” e “imputação”, de outro, entre outros, nesse contexto.

Para tanto, deve-se estudar essa figura, também chamada de *espaço cibernético*, analisando-o, caracterizando-o e delimitando-o, a ponto de se perquirir da real configuração de uma nova “dimensão”, um novo “lugar” onde ocorre interação humana, definindo-se,

nele, o âmbito de aplicação do direito, com imediatas conseqüências na ciência jurídica.

O ambiente referido, através do contato remoto e local entre computadores e sistemas de comunicações, foi definido inicialmente pela ficção científica, mas materializou-se na realidade, e sua definição literária adquiriu prestígio acadêmico. Pergunta-se: Tal figura constitui uma realidade humana e deve receber um tratamento Jurídico ?

O presente trabalho pretende provar que sim, a figura incide com força sobre a realidade humana e deve ser tangenciada pelo direito. A abordagem jurídica é dada se duas formas:

a. - Externa, analisando sua constituição, formação e administração, sob a ótica do raciocínio jurídico lógico tradicional, tomando-se como referencial a figura do bem jurídico tutelado, estudando-se a telemática - responsável pelo seu surgimento efetivo - sob as óticas ética, doutrinária, legal e jurisprudencial às quais estamos acostumados

b. - Interna, quando se pensa e sente os acontecimentos dentro de um ambiente tido como diferenciado, onde uma grande parte dos paradigmas jurídicos atuais não incide por absoluta

impossibilidade física. Não é o objetivo deste trabalho, por enquanto, avaliar essa segunda alternativa.

No capítulo em curso, será analisado o relacionamento do direito com o ciberespaço, começando pelo primeiro.

3.2 O direito

Estamos tratando de um universo ainda não tutelado por qualquer figura estatal dotada de supremacia, onde as relações são, no âmbito interno, diferenciadas daquelas travadas no mundo material, e a aplicação e formação do direito ocorrem de forma diversa da tradicional, basicamente pelas seguintes razões: 1. O ambiente é internacionalizado, e as normas, em regra, estão restritas aos limites territoriais dos Estados, excepcionando-se tratados e convenções; 2. não há uma fonte única de edição de comandos; 3. não há qualquer garantia de que haverá interpretações calcadas em princípios similares, eis que esses variam de país para país e de sistemas para sistemas; 4. Quebrou-se, no interior do ciberespaço, o mito de que as pessoas são obrigadas a conhecer a lei e não podem alegar seu desconhecimento, pois é efetivamente impossível alguém

conhecer todas as normas do mundo. Assim, não há como negar uma imensa obscuridade no tratamento jurídico das questões, principalmente pelo direito objetivo, abrindo-se um grande espaço de incidência da ética, da moral e do direito natural. No tocante a esse, as discussões tradicionais do mundo jurídico, num primeiro momento, importam ao estabelecimento de referências comuns. Veja-se, então, um resumo de suas idéias centrais, elencadas por Celso LAFER⁴²:

(a) a idéia de *imutabilidade* — que presume princípios que, por uma razão ou outra, escapam à história e, por isso, podem ser vistos como intemporais; (b) a idéia de *universalidade* destes princípios metatemporais, “*diffusa in omnes*”, nas palavras de Cícero; (c) e aos quais os homens têm acesso através da *razão*, da *intuição* ou da *revelação*. Por isso, os princípios do Direito Natural são *dados*, e não postos por convenção. Daí, (d) a idéia de que a função primordial do Direito não é comandar, mas sim *qualificar* como boa e justa ou má e injusta uma conduta, pois, para retomar o texto clássico de Cícero, a “*vera lex*” — “*ratio naturae congruens*” —, por estar difundida entre todos, por ser “*constans*” e “*sempiterna*”, “*vocet ad officium jubendo, vetendo a fraude deterreat*”. Essa qualificação promove uma contínua vinculação entre norma e valor e, portanto, uma permanente aproximação entre Direito e Moral.³

No caso específico, há uma forte tendência de amadurecimento teórico motivada pela reelaboração de conceitos, evento

⁴² LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna ARENDT, p. 36. Nessa citação, não houve a simples transcrição do texto, mas a captação e inserção de sua *imagem original*, a qual contém inclusive os destaques contidos no texto original. Por ser uma cópia da imagem original, tratada como uma *gravura* dentro do texto, ela não contém as aspas, como ocorre em outras passagens do trabalho.

que, em outro momento histórico, atingiu a Teoria Geral do Direito, conforme preleciona o mesmo autor⁴³:

“A Teoria Geral do Direito sofreu o impacto de Kant por via da pandectística, que marcou a jurisprudência de conceitos, na reelaboração procedida por esta escola, de definições como propriedade, contratos, atos jurídicos, etc., que passaram a constituir um a priori - a parte geral do Direito - que deveria anteceder a análise do Direito Positivo”.

O surgimento de novos conceitos, em outra ocasião, e por outros motivos, ensejou discussões sobre os limites do conceito do direito, e o estabelecimento de tal conceito é um problema atual mesmo no espaço tradicional, que ganha dimensões na discussão em curso, mas ao qual não se deve dedicar a atenção central, pois o objetivo desse trabalho não é definir o direito. Pode-se, isso sim, apresentar uma noção considerada momentaneamente satisfatória, mas nunca perfeita e acadaba, do que seja o direito, ainda por LAFER⁴⁴:

⁴³ LAFER, ob. cit., p. 52.

⁴⁴ LAFER, ob. cit., p. 52.

*“Por outro lado, a definição kantiana do Direito como uma relação intersubjetiva ensejou, sobretudo no âmbito da Teoria do Direito Privado, uma resposta à pergunta **‘0 que é o Direito?’**, com a afirmação de que o Direito é uma relação entre um sujeito ativo e um sujeito passivo, caracterizada por um vínculo e garantida pela sanção.”* (destacado do original).

Embora mais propícia aos círculos do direito privado, a definição apresentada demonstra elementos a serem aproveitados. Porém, a principal dificuldade está em torno da garantia da sanção no ciberespaço. Sobre esse aspecto, o texto em análise apresentou uma preocupação que parece ter surgido por encomenda⁴⁵:

“A correlação entre um conceito formal de Direito e o fato jurídico concreto permitiu importantes desdobramentos à Filosofia do Direito entendida como uma Teoria Geral do Direito. Entre estes

desdobramentos merece destaque o reconhecimento da importância da realidade estatal e, portanto, a insuficiência da definição do Direito a partir do ângulo do Direito Privado como uma relação jurídica baseada no princípio da coexistência, na qual o elemento fundamental é a intersubjetividade e a função principal é a de troca.” (destacado do original).

A intersubjetividade e a troca traduzem uma dinâmica característica do universo jurídico e apresentada pelo mesmo pensador⁴⁵:

“De fato, o que caracteriza o Direito Positivo, no mundo contemporâneo, é a sua contínua mudança. Por isso, não é possível identificar o jurídico pelo seu conteúdo. Daí a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma. A este problema prático Kelsen deu uma resposta teórica de admirável rigor, ao elaborar, no âmbito da teoria pura, o princípio dinâmico do Direito, graças ao

⁴⁵ LAFER, ob. cit., p. 52.

⁴⁶ LAFER, ob. cit., p. 53.

qual uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento. Neste sentido, Kelsen representa, através da redução da teoria das fontes do Direito a uma teoria dos procedimentos para a criação do Direito, o grande exemplo de positivismo jurídico formalista. Ele é positivista, pois o Direito, para ele, ontologicamente não é um dado para ser descoberto ou revelado, mas sim algo criado. Ele é formalista porque a característica da ordem jurídica, enquanto ordem dinâmica, é a de criar normas que têm por função disciplinar a própria criação de normas, o que significa, para Kelsen, que o direito se autoproduz”.

Intersubjetividade, troca, dinâmica e autoprodução estão presentes no ciberespaço. Porém, como afirmado anteriormente, não há uma figura estatal única, dotada de supremacia, o que impossibilita a chancela de oficialidade da produção normativa. Isto pelo fato de que a principal expressão do universo ciberespacial hoje são as redes internacionais de computadores, cujo grande expoente é a internet, não havendo um Estado que possa tutelá-la. Há, então, uma interseção entre o

direito natural e o direito legislado, ou positivado, a qual pode ser analisada mediante um duplo enfoque:

a) com a aplicação da matriz jurídica tradicional, surgem conflitos de coerência. Certas punições locais podem adquirir eficácia mundial imediata, fato que materializa conflito entre diversos paradigmas do direito tradicional, calcado em princípios racionais, como o da territorialidade, da anterioridade, da inércia da jurisdição, da ampla defesa e dos limites físicos da coisa julgada.

b) na realidade, as pessoas, no ciberespaço, respeitam mais os limites da natureza, da ciência, da força ou da ética do que os do direito. Está vigente um ordenamento com peculiaridades mais próximas daquelas encontradas no direito natural, sob uma nova postura. Quando alguém envia, por exemplo, mensagens comerciais em sistema de mala direta, sofrerá, quase certamente, uma punição, do conhecimento de todos: será “entupido”, propositadamente, por mensagens de retorno, a ponto de não poder utilizar o correio por algum tempo. Tal sanção tem dois aspetos. Um, positivo, autogestionário, cristalizando uma solução encontrada pela própria comunidade, e aplicada por ela mesma, através de cada indivíduo, sem a necessidade de atuação de um órgão estatal. Outro, negativo, retribucionista, sendo que simplesmente se devolve a outrem o

inconveniente causado. Vê-se que há aí uma “universalidade”, com respeito à atribuição de “má fé”, por um processo “racional” ou “intuitivo”, típicos do direito natural, na valoração coletiva do ato de enviar panfletos comerciais na internet.

A consolidação de uma estrutura jurídica própria do ciberespaço ocorrerá gradativamente, e o próprio ambiente elegerá os meios para tanto. Vamos a ele.

3.3 O Ciberespaço

É possível conceituá-lo?

Antes de abordar a questão, é necessário justificar a opção pelo estabelecimento de um conceito, pois, em se tratando de um objeto cercado de virtualidades, tal exercício é positivo. Adequadamente, Ortega e Gasset, nas “Meditações de Quixote”, diz que “sem o conceito não sabemos bem onde começa e onde termina uma coisa. O conceito nos dá a forma, o sentido das coisas”.

Mesmo diante de tal justificativa, o estudo em curso não o apresenta. Porém, analisamos aqui elementos provavelmente úteis para tanto.

Antes, é necessário conhecer esse “lugar”, e HAMIT⁴⁷ vai apresentá-lo:

*“Nossa terra incógnita é chamada de espaço cibernético. O conceito pleno, de fato, a própria palavra, tem menos de uma década. O autor de ficção científica William Gibson descreveu-o pela primeira vez em seu romance de 1985, Neuromancer, como uma alucinação coletiva partilhada por bilhões de pessoas. Ele escreveu sobre um mundo vislumbrante que criou um novo universo de meditação eletrônica sensorial; um mundo isolado onde a **informação era percebida** como uma manifestação física, **não só vista e ouvida**, como **também sentida**.”* (destacado do original).

A idéia de um ambiente comunicativo fortemente sensorial nos permite tratar de forma diferente a informação, visualizando-a *“não só como palavras e números numa página impressa, mas como gráficos, objetos físicos que podem ser manipulados diretamente, à vontade”*⁴⁸.

Embora a definição da figura, *ciberespaço* ou *espaço cibernético*, seja relativamente recente, a sua existência não o é, ou seja, o ciberespaço já existe há muitos anos, e o surgimento das técnicas da telemática - principalmente o computador e as redes de comunicação - permitiu a constituição do seu território, como aponta a assertiva⁴⁹:

“Apesar de definido recentemente, o espaço cibernético não é novo. Ele foi reconhecido, pela primeira vez, por pioneiros como Morse, Edison e Marconi. A invenção do computador simplesmente compôs o território disponível assim que a computação começou a ser utilizada para controlar comunicações eletrônicas. Um casamento de iguais, mas espaço

⁴⁷ HAMIT, Francis. A realidade virtual e a exploração do espaço cibernético, p. 4.

⁴⁸ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 5

cibernético ainda. Ele poderia ser imaginado como um império de comunicação eletrônica envolvendo redes de comunicação e sinais de transmissão, assim como interações entre computadores”

Não há dúvida, o ciberespaço é o melhor produto da mais atual das revoluções, a das comunicações, identificada pelo mestre Warat⁵⁰:

*“Barnett Pearce introduce la metáfora del terremoto para referirse a la **revolución en las comunicaciones** (y el saber de la modernidad, yo agregaría) Si alguno de ustedes estuvo alguna vez en un terremoto sabrá que produce una gran desorientación. Cuando de pronto aquello que siempre consideramos estable (la tierra a nuestros pies o la fuerza de la gravedad) deja de serlo, se siente un profundo vértigo y uno ya no sabe en qué puede apoyarse; o bien para decirlo más literalmente, sobre qué puede estar parado’. **EI***

⁴⁹ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 5.

⁵⁰ WARAT, Luís Alberto. Por quem cantan las sirenas ?, p. 52.

terremoto de la revolución ciberespacial. ”

(destacado do original).

A visão é multidisciplinar, constatada também por analistas de outras áreas, com enfoque comercial, como Alan Dubner⁵¹, em análise mercadológica:

A Era do Marketing Digital

ESTAMOS NO INÍCIO DE UMA TRANSFORMAÇÃO

MAIS PROFUNDA QUE A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

ALAN GILBERT DUBNER*

Nos primórdios da Revolução Industrial, há cerca de 200 anos, começaram a surgir na economia as técnicas de administração. Desde aquela época até os dias de hoje, ocorreram várias modernizações, mas o modelo econômico permaneceu o mesmo. Agora, no limiar do século XXI, estamos vivenciando o início da Revolução Digital, que irá muito além de modernizar: criará um novo modelo socioeconômico, baseado em relações globalizadas e conhecimento compartilhado.

A velocidade das mudanças é tamanha que, como disse o mesmo autor, *“em 1994 quando James Martin (considerado um guru tanto na área de informática como na de negócios) anunciou que, em 1997, todas as empresas estariam interligadas e que a Internet seria o principal veículo de marketing, parecia uma loucura até para o mais otimista dos visionários. Hoje, apenas dois anos depois, louco é quem não acredita”*⁵².

O fato, realmente, é de difícil refutação e as mudanças estão em curso. Vamos a uma abordagem específica sobre o termo, feita por WARAT⁵³, a qual reafirma o perfil revolucionário desse instituto:

*“La expresión ‘**ciberespacio**’ pertenece a Gibson, autor de ciencia-ficción, que en uno de sus libros mostraba la aterradora situación de un hombre proyectado en una red gigante de informaciones. Diez años después de la aparición del libro la palabra comienza a ganar espacios en el lenguaje académico para definir ese no-lugar en que virtualidad y realidad se mezclan descubriendo horizontes desconocidos que abrirán, creo, simultáneamente puertas del*

⁵¹ DUBNER, Alan Gilbert. A era do marketing digital, in “Informática Exame” n° 123, p. 162.

⁵² DUBNER, Alan Gilbert. Ob. Cit., p. 162.

paraíso y del infierno. La gran revolución de la numerización generalizada, la compresión de datos y redes de información imposibles de controlar. La revolución de las redes de información, que hará desaparecer las pautas básicas con que hoy nos movemos, en relación a los saberes, el tiempo y el espacio. Otras realidades bien distintas a las que el conocimiento de la modernidad nos colocó.”
(destacado do original).

Mas é o tão citado e festejado Willian Gibson⁵⁴ quem apresenta uma contextualização verdadeiramente alucinante, que originou todos os comentários sobre suas formulações:

“No monitor Sony uma guerra do espaço, bidimensional, desaparecida atrás de uma floresta de fetos gerados matematicamente, demonstrando as possibilidades espaciais das espirais logarítmicas; metragem militar azul-frio ardida; animais de

⁵³ WARAT, ob. cit., p. 52.

⁵⁴ GIBSON, Willian. Neuromancer, p. 56.

*laboratório ligados por fios a sistemas de ensaios; elmos alimentando circuitos de controle de incêndio de tanques e aviões de combate. - **O ciberespaço**. Uma alucinação consensual, vivida diariamente por bilhões de operadores legítimos, em todas as nações, por crianças a quem estão ensinando conceitos matemáticos... Uma representação gráfica de dados abstraídos dos bancos de todos os computadores do sistema humano. Uma complexidade impensável. Linhas de luz alinhadas que abrangem o universo não-espaço da mente; nebulosas e constelações infindáveis de dados. Como luzes de cidade, retrocedendo.” (destacado do original).*

De fato, após a leitura do trecho citado (bem como da obra na íntegra), compreende-se os motivos pelos quais a formulação de Gibson causou tanto impacto, chegando a atingir, mais tarde, o universo científico. A definição, na realidade, foi preconizada, anteriormente, por outros autores. Não foi Gibson seu criador, nem o pretendeu, mas quem lhe

deu forma e nome. Seus referenciais determinaram os desdobramentos acadêmicos posteriores, como as considerações de Silvio Alexandre⁵⁵:

“O ciberespaço é algo amplo e bastante complexo, ele cristaliza a rede atual de linhas de comunicação e bancos de dados num pseudocosmos colorido, uma ‘alucinação consensual’ através da qual informações e pessoas circulam como se fossem a mesma coisa. Diga-se, esclarece o jornalista Julian Dibbel que, de fato, dados e homens se equivalem no ciberespaço, um ‘lugar’ onde os cubos, globos e pirâmides de informação são tão ‘reais’ quanto a própria autoprojção de uma pessoa. O ciberespaço é a pátria e a terra natal da era da informação - o lugar onde os cidadãos do futuro estão destinados a habitar”.

A abordagem encontra fertilidade nas incursões da ficção científica. Porém, cabe um importante destaque: diversas descobertas importantes da história da ciência moderna, ligadas à evolução tecnológica, foram antecipadas pela literatura da ficção. Tal não ocorreu com o

⁵⁵ ALEXANDRE, Sílvio. Ob. cit., p. 248.

ciberespaço. O homem acreditava, antes de ter elementos materiais para tanto, que poderia voar, ir à lua, descer dentro do mar, e até mesmo dispor de mecanismos artificiais que o auxiliasse em tarefas intelectuais. Mas o homem nunca imaginou que produziria tecnologia, equipamentos e comportamentos capazes de gerarem um “lugar” no qual os limites físicos são diferentes dos conhecidos tradicionalmente, como bem descrito⁵⁶:

“Imagine descobrir um continente tão vasto que suas dimensões talvez não tenham fim. Imagine um novo mundo com mais recursos que toda a nossa futura ganância poderia esgotar, com mais oportunidades do que os empresário poderiam explorar. Um lugar muito particular que se expande com o crescimento.

“Imagine um mundo onde os transgressores não deixam pegadas; onde as coisas podem ser furtadas um número infinito de vezes e ainda assim ficarem na posse dos seus donos originais; onde coisas de que você nunca ouviu falar possuem a história dos seus assuntos pessoais; onde a física é aquela do pensamento que transcende o mundo material; e,

⁵⁶ ALEXANDRE, Sílvio. Ob. cit., p. 247.

onde cada um é uma realidade tão verdadeira como as sombras da caverna de Platão.

*“Tal lugar realmente existe, se ‘lugar’ for uma palavra apropriada. Ele é formado por estados de elétrons, microondas, campos magnéticos, pulsos de luz e pensamento próprio - uma onda na rede dos nossos processamentos eletrônicos e sistemas de comunicação. Costumava-se chamá-lo de **“Esfera de Dados”** até que surgiu, em 1984 o livro **Neuromancer**, de Willian Gibson, que lhe deu o nome evocativo de ‘Ciberespaço.’ (destacado do original).*

Note-se bem: tais palavras, como as do próprio autor, entusiasmadas, somente foram proferidas *após a constatação de que o fenômeno já existia*. Nenhum cérebro humano idealizou, visionariamente, o ciberespaço antes que ele passasse, de fato a ser uma realidade viável.

Mas como se chega lá ? Quais são suas portas de entrada ? Como se percebe sua existência ?

Existem, basicamente, duas formas de ingresso no ciberespaço: a **internet** e a **realidade virtual**, como afirma HAMIT⁵⁷:

“Normalmente, percebemos o espaço cibemético através de uma janela ou tela. Agora é possível, usando as técnicas de realidade virtual, ir além desta visão bidimensional para uma manipulação trjdimensional direta de informações. Algumas pessoas acham esta idéia engraçada e outras a vêem com medo e apreensão.” (destacado do original).

A primeira é analisada em outras passagens do presente trabalho. A segunda merecerá algumas linhas agora, começando pelas seguintes questões: O que quer dizer *realidade virtual* ? Como surgiu essa idéia ? Para que ela serve ?

A *realidade virtual* é uma técnica, gerada através de uma série de conceitos, equipamentos e programas, com o fim de formar

⁵⁷ HAMIT, Francis, ob. cit, p. 5.

uma representação de algo que pode ou não existir materialmente, detalhada doutrinariamente da seguinte forma⁵⁸:

“Realidade virtual é um método que permite às pessoas manipularem informações num computador da mesma maneira que manipulam objetos na natureza. Ele objetiva aprimorar nossa capacidade de lidar com as complexidades de uma sociedade cada vez mais tecnológica.

A idéia da realidade virtual é que estas interfaces não devem ser só uma representação, mas também uma substituição, em todos os sentidos usados para a percepção do instrumento: um usuário não deve simplesmente clicar um botão do mouse ou outro controle, mas estender-se e girar uma maçaneta virtual, da mesma maneira que uma maçaneta real é girada. Isso implica não só o uso da visão e possivelmente da audição, mas também do tato, com as sensações relacionadas de resistência à força, movimento, temperatura e peso. Além disso, um

⁵⁸ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 8.

usuário deste mundo virtual deve poder pegar e mover objetos que existem nele e deve poder mover outro objeto - o corpo do usuário (ou parte dele) - para qualquer lugar dentro deste espaço cibernético”.

Seu nome teve origem em elevados ambientes acadêmicos, e o “*termo **realidade virtual** foi criado, de acordo com alguns relatos, no Massachusetts Institute of Technology - MIT (Instituto Massachusetts de Tecnologia), no final da década de 1970, para expressar a idéia da presença humana num espaço gerado por computador⁵⁹*”, mas foi Jaron Lannier, um polêmico executivo do ramo, quem efetivamente popularizou a expressão, e a definiu, ainda, como “*muito mais um meio de partilhar imaginação do que experiências físicas⁶⁰*”.

Trata-se, sem dúvida, de uma forma superior de interação entre homem e máquina, cuja concepção derivou diretamente da programação, como se vê:

⁵⁹ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 8.

⁶⁰ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 159

“A idéia de um mundo virtual em vez de um mundo real não é nova. A concepção básica é inerente ao uso de programação orientada ao objeto, ao uso de um botão de mouse para clicar em ícones numa interface gráfica para usuários, ou ao uso de simulações de computador para executar experiências ‘não-destrutivas’ de novos equipamentos. A idéia de usar objetos virtuais ou representações gráficas no lugar do mundo real é uma maneira de tornar a interface homem-computador mais acessível ou amigável”⁶¹.

De fato, seu desenvolvimento é *“anterior à invenção do computador”*, e os primeiros passos foram dados no sentido de tentar *“envolver o sentido da visão em combinação com os sentidos de movimento e audição”⁶².*

Suas aplicações são variadas, e muito se diz sobre o seu potencial, *“desde comparecer a reuniões por procuração - tanto a própria pessoa, quanto a projeção de uma imagem do que ele gostaria de*

⁶¹ HAMIT, Francis, ob. cit., p. 6.

⁶² HAMIT, Francis, ob. cit., p. 24.

ser - a mergulho em águas profundas, jogos de guerra e viagens dentro do próprio fígado”, como afirmou POURNELLE⁶³

Após o contato com tais abordagens, é possível o esboço de uma noção mais palpável do que seja o objeto em tela, o ciberespaço. Trata-se de um ambiente gerado eletronicamente, formado pelo homem, as máquinas, a informática e as telecomunicações, onde é possível a prática de atos de vontade, dotado de limites diversos dos tradicionais, norteado e dimensionado fisicamente por comprimentos de onda e frequências, ao invés de pesos e medidas materiais, e não constituído por átomos, mas por correntes energéticas.

⁶³ Prefaciando HAMIT, Francis, ob. cit. iii.

4. ÉTICA JURÍDICA E TELEMÁTICA

4.1. Inserção da ética.

Diante de tais constatações e da tradicional fragilidade de incidência do direito objetivo frente a novos temas, abre-se um espaço de atuação da ética, no âmbito das relações que envolvem a telemática.

A abordagem sobre a ética jurídica, a informática e as telecomunicações está inserida em um contexto amplo que envolve, entre outros assuntos, o ciberespaço e sua definição. Trata-se, por ora, da confecção de análises genéricas, com o objetivo de abordá-la e trazê-la para o centro da discussão de problemas atuais. A ética, por si só, materializa o estudo dos juízos de valor sobre a conduta humana. Porém, se constitui em poderosa ferramenta da atuação humana e organização social, como geradora de comportamentos e, por conseguinte, influenciadora de fatos concretos. Tais características importam ao trabalho em curso.

Há várias formas de manifestação da ética, constituindo utilidades diversas, e vários são os aspectos a serem abordados. Ética profissional, pessoal, pedagógica, de guerra, de libertação, etc. Devem ser analisados alguns elementos para que se possa saber do que estamos falando quando dizemos “ética”. Porém, merece destaque uma situação particularizada, a ser analisada mais adiante: qual a relevância dessa figura, sob a ótica jurídica, diante da telemática, e quais as suas principais características ?

Contudo, antes de abordar a questão, são necessárias considerações gerais e breves sobre a ética jurídica. Na esfera profissional, no âmbito da OAB, o estudo dos julgamentos axiológicos assume contornos eminentemente prescritivos, codificado no Estatuto, no Título I, “Da Ética do Advogado”, com sete capítulos assim dispostos: Das Regras Deontológicas Fundamentais; Das Relações com o Cliente; Do Sigilo Profissional; Da Publicidade; Dos Honorários Profissionais; Do Dever de Urbanidade; e Das Disposições Gerais.

Há uma dubiedade sobre o conteúdo de tais enunciados, identificada por PASOLD⁶⁴:

2ª - ao denominar o Capítulo I (inserido no Título I) como “Das Regras Deontológicas Fundamentais”, o legislador estimula debates e eventuais divergências teóricas, já que as normas contidas no referido capítulo não são apenas de ordem moral (na qual se dispõe sobre o correto e o incorreto), mas, e sobretudo, alcançam a condição de deveres éticos, isto é, constituem-se em obrigações a cumprir, decorrentes do valor e da importância que são atribuídos a determinadas condições e comportamentos. *

Porém, são normas impositivas⁶⁵:

Tanto assim o são que, pelo seu descumprimento, o advogado pode receber sanções negativas não apenas no nível da consciência do infrator e/ou da sociedade, mas concretamente, no mundo vivencial, através de penas disciplinares aplicadas pela sua corporação profissional, a OAB.

Verifica-se, sob tal referencial, uma função prescritiva e sancionadora, modelo adotado também em outras corporações e instituições, de uma ética obrigatória, positivada e oficial, reconhecida como instrumento hábil à estruturação de condutas.

⁶⁴ PASOLD, Cesar Luiz. O advogado e a advocacia, p. 107.

⁶⁵ PASOLD, Cesar Luiz. Ob. cit., p. 107.

Porém, se aplicarmos o instituto ao problema da Guerra, não há o mesmo reconhecimento. Como diz Gustav RADBRUCH⁶⁶:

“A ética é incapaz de resolver o problema. Os juízos de valor próprios da Ética não podem recair sobre o facto-guerra em si mesmo nem sobre o da decisão que ela pode constituir. Tais juízos só podem ter por objecto a participação dos indivíduos na guerra, a sua culpa nesta ou a sua ausência de culpa”.

Nesse âmbito, trata-se de construções desprovidas de conteúdo sancionador jurídico impositivo. Uma ética jurídica puramente deontica. Na abordagem analisada, verifica-se uma situação concreta na qual a ética não serve para desempenhar uma função organizadora. Não é difícil a conclusão de que o clima de guerra destrói os referenciais éticos.

Existem, pois, variadas formas de incidência da ética jurídica sobre o homem, e pode-se dizer que ela é algo que orienta as ações deste, mas, mesmo assim, há situações nas quais ela simplesmente não

⁶⁶ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito, p. 384.

incide. Mas a ordem de valores éticos pode, ainda, configurar outra função, emancipatória, captada por WOLKMER. Descrita como um dos fundamentos de um novo tipo de pluralismo jurídico, a “ética concreta da alteridade” surge diante da constatação do exaurimento do modelo cultural vivenciado na atualidade, apontada como crise ética da modernidade. Produto de uma consistente análise de importantes pensadores da sociologia, filosofia e do direito, a construção reafirma um importante referencial, qual seja, a libertação, como pode ser visto⁶⁷:

“A ‘ética da alteridade’ é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Por ser uma ética que traduz os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e refletindo uma práxis concreta comprometida com a dignidade do ‘outro’, encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades históricas reais, mas igualmente em alguns

⁶⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, p. 241.

pressupostos epistemológicos da chamada Filosofia da Libertação”.

Há duas ressalvas: ① a construção é originariamente dirigida à pedagogia; ② muitos dos elementos referidos merecem extensa e particularizada análise. Porém, a afirmação de emancipação, solidariedade e libertação trazem importante referência ao estudo em curso, razão pela qual é inserida a referência.

No universo da telemática, há uma forte influência da *Ética Hacker*, que impulsionou seu desenvolvimento, como constatou HAMIT⁶⁸:

“Ainda antes do advento dos computadores pessoais e da ascensão das redes de computadores, surgiu uma seita apóstata, chamada hackers, que adotou a postura herética de que ‘A informação quer ser livre’. Estas palavras corajosas buscavam compreender o novo paradigma em todos os seus aspectos, explorando os mistérios mecânicos das

*mesas operadoras de telefone, mesmo antes de os microprocessadores terem tornado o poder da computação disponível para eles. **A sua recusa a reverenciar a ordem existente e a se deixarem limitar por convenções,** ou ainda por regulamentos, **impulsionou a tecnologia para a frente.** No fim, entretanto, eles se tornaram apenas outra elite, vítima da mesma perturbação cognitiva.” (destacado do original).*

O ponto central desse pensamento era, originariamente, a contestação à ordem então estabelecida, imposta principalmente pelas grandes empresas, e isso trouxe novas idéias e conceitos, como o processamento descentralizado e o uso dos computadores para o lazer. Uma visão crítica dos acontecimentos norteou a essência da *Ética Hacker*, mas, como afirmou HAMIT, o movimento, após ascender libertariamente, já perdeu sua virtude:

*“A **ética hacker**, como foi formulada originalmente, começou com o conceito de que muito podia ser aprendido sobre o mundo, desmontando as coisas,*

⁶⁸ HAMIT, Francis. Realidade virtual e a exploração do espaço cibernético, p. 6.

*tanto física quanto virtualmente, e de que barreiras burocráticas não devem ficar no caminho dos sistemas em aperfeiçoamento. A crença de que **‘todas as informações devem ser livres’** era tão fortemente defendida que muitos hackers iniciantes se tornaram serralheiros registrados para poderem entrar, à vontade, em espaços proibidos e alcançar as informações. A **falta de confiança na autoridade e o desejo de descentralizar a computação** para outras plataformas além daquelas fornecidas por um clero tecnológico inspirado na IBM levou ao desenvolvimento de muitas outras formas de hardware. Os hackers também consideravam seu misterioso campo de conhecimento superior a todos os outros. Graduação, idade, condição social, tudo podia ser considerado pela habilidade real para navegar os territórios virtuais do espaço cibernético.*

*Os **hackers fizeram os computadores realizar coisas que o sistema orientado para IBM jamais havia imaginado**, como por exemplo desenhar e fazer música. Alguns dos primeiros hackers se tornaram*

*criminosos como o Capitão Crunch, cuja fascinação com os mecanismos do sistema telefônico levou-o para a prisão mais de uma vez. Outros se tornaram professores. Quando o movimento hippie morreu, os refugiados da contracultura descobriram que a rebelião e a anarquia ainda viviam no coração de alguns hackers.*⁶⁹ (destacado do original).

Mesmo apesar dessa última afirmação, e considerando que nos dias de hoje esse pensamento não se constitui mais naquela referência irreverente e sedutora de antes, que provocou - através de sua forte consciência crítica - a mudança e a melhoria de inúmeros conceitos da telemática, ele deixou como legado um poderoso referencial, a essência da *Ética Hacker: a informação quer ser livre.*

4.2 A internet e algumas questões concretas

Após a visualização do grupo de abordagens apresentado, podemos retornar à questão levantada no início do capítulo,

⁶⁹ HAMIT, Francis, ídem, p. 240.

envolvendo a ética e a telemática. Trata-se da identificação de detalhes que possibilitem um passo no sentido de futuros esclarecimentos sobre a atuação do direito no ambiente das grandes redes de informática e telecomunicações, sob a ótica, aqui, da ética.

Para tanto, é necessária uma pincelada nas principais questões jurídicas atualmente conectadas a tal ambiente. São questões ora globais, ora individuais, ora da informática, ora das telecomunicações. Porém, têm, hoje, um importante ponto de contato: a internet, que pode ser assim definida⁷⁰:

UMA REDE DE REDES

A Internet é uma teia de âmbito mundial formada por redes universitárias, comerciais, militares e científicas interconectadas. Por que chamá-la de teia? A Internet não constitui uma rede apenas? Absolutamente! Ela é uma *rede* de redes. A Internet é formada por pequenas redes locais (LANs – Local Area Networks), redes de abrangência urbana (MANs – Metropolitan Area Networks) e grandes redes remotas (WANs – Wide Area Network), que conectam computadores de instituições do mundo inteiro. Essas redes são conectadas por recursos que variam de linhas telefônicas de discagem comum até linhas privadas dedicadas e de alta velocidade, satélites, ligações por microondas e por fibra ótica. Por fazerem parte da Internet, todas essas redes estão interligadas. Essa teia de redes se estende por todos os Estados Unidos e pelo resto do mundo. No entanto, se tentarmos fornecer uma descrição abrangendo toda a sua estrutura e funcionamento, será como tentar contar as estrelas do céu.

A amplitude do instituto é grande, assim como o espectro de discussões que possa gerar. Vamos aos casos concretos, embora esparsos e aleatórios, encontrados hoje, entre diversos outros, ligados à internet de formas variadas:

E- Law. A “Environmental Law Alliance Worldwide” foi formada por ecologistas de vários países do mundo com o objetivo de potencializar atividades jurídicas de ação ambiental, valendo-se do correio eletrônico e de conferências, materializando um espaço nitidamente marcado pelos interesses comunitários.

Alta velocidade. Na legislação americana, alta velocidade significa “gigabits” por segundo. Mesmo lá, essa marca ainda é uma expectativa de uso em larga escala, que vai gerar facilidades nas atividades diárias. Porém, já podemos perceber hoje, as velocidades tendem a apresentar diferenças entre os países, gerando uma natural dificuldade de padronização de procedimentos de diversas espécies, inclusive e principalmente os burocráticos e jurídicos.

⁷⁰ LAQUEY, Tracy e RYER, Jeanne. O manual da internet, p. 28.

Tráfego comercial. A necessidade de estabelecer regras e restrições fez surgir mecanismos denominados de “estratégias”, entre as quais destaca-se a “Acceptable Use Policy” (Estratégia de Uso Aceitável) da NSFNET, a qual privilegia, nessa “rede” central, informações de apoio a atividades de pesquisa e acadêmicas, vedando as comerciais. As publicações especializadas titubeiam no momento de estabelecer a fronteira e definir “tráfego comercial”, chegando a aceitar a divulgação de software como ação não comercial.

Mecanismos de controle. Há poucos e muitos. Várias são as formas de controle, mas a “National Science Foundation”, nos EUA, é a principal, fortemente influenciada pelo governo. A rede central de distribuição naquele país, a NSFNET, foi formada com fundos da NSF, a qual define políticas e gestiona uma parte da internet no País.

Domínios. Os espaços específicos destinados a determinadas atividades (*.com, *.edu, *.mil, *.org, *.gov, *.net) recebem o nome de domínios, ou DNS, de “Domain Name System”, onde os dados são “colocados no ar”. Pois bem, a rede é mundial, e surge um notório questionamento sobre a permissão para o registro e utilização de um domínio, já que o InterNIC “Internet Registration Service”, operado pela Network Solutions, Inc., “deveria” estar limitado à realidade Americana.

Contratos. Existem afirmações no sentido de que a utilização de programas e dados criptografados constitui uma forma segura de celebração de negócios jurídicos nos moldes tradicionais. Porém o ciberespaço já desenvolveu uma forma específica de celebração, envolvendo um raciocínio próprio. Trata-se dos “shrink-warp”, uma espécie de contrato de adesão, conforme Cerquiera⁷¹. Seguindo um protocolo interativo na obtenção e recebimento do programa, o agente estaria praticando atos semelhantes à assinatura, aderindo ao contrato. Refere-se, principalmente, à distribuição de software.

Provedores. As instituições destinadas a “pegar o usuário pela mão” e permitir sua caminhada pelas Net’s são a “interface” institucional entre a sociedade privada e o ciberespaço, principalmente no Brasil. Como tal, devem ser tratadas institucionalmente. Níveis de acesso, formas de pagamento, cláusulas contratuais sobre os serviços, sanções, privilégios e benefícios, são aspectos a serem debatidos e definidos.

Segurança. Técnica: trata do equipamento, da conservação dos arquivos, da integridade do equipamento, da proteção contra infortúnios da natureza, perda, defeitos, etc. Jurídica: muito importante. A internet é considerada uma rede aberta e compartilhada. Há,

pois, o risco de invasões e violação ou destruição de dados. Há dois enfoques. Um, antecedente, refere-se às medidas adotadas para evitar a violação e deter o intruso. Outro, posterior, aborda as autenticações e senhas, com identificação e responsabilização, através de auditorias. Tais sistemas ainda são de eficácia singela, exigindo muito esforço e pesquisa. Uma das principais tarefas do Direito consiste na estabilização de mecanismos teóricos e normativos de segurança. Cabe ressaltar que a disparidade de importância entre dados é muito ampla. Um determinado conjunto de “bits” pode ser algo muito frugal (um jogo ou texto), ou, pelo contrário, muito complexo e relevante (códigos de disparo de armas nucleares, senhas bancárias e governamentais).

Pirataria. Consiste na cópia de programas sem a devida autorização. É tema originário do direito autoral, porém já ampliou suas dimensões a ponto de as normas nacionais e internacionais não estarem mais conseguindo resolver boa parte dos problemas. Trata-se de uma moeda de dois lados. De um ponto, deve haver proteção do trabalho contido nos produtos de programação e sistematização. Porém, de outro, tais protecionismos estão se tornando uma forma exagerada e rápida de provocar a excessiva capitalização de empresas e pessoas. O discurso oficial da indústria do software é o do medo e da punição. Tais características, historicamente, estão ligadas a movimentos opressores e

⁷¹ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. O direito do ciberespaço, p. 4

arbitrários. O argumento da “venda da segurança”, utilizado por uma grande corporação americana, lembra o discurso da máfia italiana.

Tal posição fica evidente no discurso das grandes empresas do ramo de *software*, segundo o qual os consumidores estão *criando um mercado consumidor clandestino*, formado pelo consumidor *conivente e desinformado*, o qual está constantemente ameaçado por *ofensivas moralizadores e indenizatórias*.

Com a devida vênia, é necessário discordar desta diretriz. Os cidadãos e consumidores é que têm bons motivos para lançar uma ofensiva jurídica e moral contra essa lamentável tentativa pós-moderna de dominação, travestida de *moralização do mercado*.

Analisando os contratos de licença habitualmente utilizados por este tipo de empresa, é possível se verificar a existências de questões bastante discutíveis. Veja bem: não é possível instalar o programa se o usuário não estiver ***inteiramente de acordo*** com os termos do contrato.

Valendo-se desse tipo de expediente, as grandes empresas produtoras de *software* que assim o fazem tentam *dominar* o

usuário, e, lamentavelmente, sentam-se ao lado de grandes bancos, construtoras, administradoras de consórcios, instituições financeiras e outros - os *tubarões da história* - que se utilizam em larga escala dos chamados **contratos de adesão**.

Tais contratos, nos quais uma das partes - inferiorizada economicamente - simplesmente aceita ou nega (*sim* ou *não*) seus termos integrais, mutilam o princípio da autonomia das vontades, básico nas questões contratuais.

A doutrina e a jurisprudência pátrias, felizmente, possuem posições críticas a seu respeito, e as cláusulas de aceitação integral, como essa do infeliz exemplo apresentado, têm tido altos índices de questionamento.

Deve-se analisar cautelosamente situações nas quais há uma notória desigualdade entre a empresa produtora do *software* e o usuário final.

Sabe-se que diversas empresas produtoras de *software* se valeram, indiretamente, da livre distribuição de programas para

buscar afirmação, e isso ainda ocorre. O mercado mundial seria outro, hoje, se tal prática não fosse constante.

Diante desse quadro, pergunta-se: Qual direito fundamenta os abusivos preços praticados hoje sobre os aplicativos, como se vê no mundo todo, e qual é a legitimidade dessas empresas para que usufruam isoladamente dos benefícios decorrentes do acúmulo de direitos autorais ? Esta questão está fundamentada em dois aspectos: 1. Os grandes programas de hoje são verdadeiras obras coletivas. É um abuso, e infelizmente não há outra expressão para definir tal situação, a realidade na qual diversas pessoas trabalham, ao longo de vários anos, acabando por destinar, por força de lei, o produto total de seu trabalho intelectual às empresa desenvolvedoras, as quais lucrarão sem retorno social específico; e 2. Uma grande parte dos conhecimentos agrupados em torno dos grandes programas de computador são fruto de séculos de estudos, acumulados ao longo da história do homem e da a ciência. Eles não podem, simplesmente, serem destinados ao lucro empresarial, puro e simples, sem retorno direto à coletividade dos cidadãos. Há um notório e imenso interesse comunitário a ser protegido, e deve-se começar a pensar em formas para tanto.

Alguns dispositivos legais devem ser objeto de uma visão crítica, como os artigo 2º., ítem 3., da *Software Directive*, da

Comunidade Econômica Européia, e 5^o., da *Lei de Proteção do Software*, brasileira, os quais garantem aos empregadores o direito de acumulação - indevida - de direitos autorais.

Algumas medidas jurídicas globais podem materializar remédios eficazes, desde a desapropriação dos direitos autorais dos grandes conglomerados até a tributação direcionada, passando pela imposição da divisão interna dos lucros obtidos com o programa, a qualquer título.

No âmbito da ética, sobretudo no plano institucional, a **pirataria** goza de uma situação de destaque, mas é muito importante que se defina, sem ingenuidade, quem são, realmente, os **corsários**.

Imposto do modem. Pasmé, leitor, mas isso já foi cogitado, há alguns anos, na capital americana. “O FCC Modem Tax Scare” chegou a ser objeto de discussões preliminares no congresso americano, sem que fosse adiante. No Brasil, discute-se os limites da incidência das disposições contidas no § 3^o. do artigo 155 sobre o instituto, mas, inicialmente, a disposição ali contida somente se refere aos *serviços de telecomunicações*, e não às atividades domésticas. Tal tributo teria vários inconvenientes, entre outros: 1 - tributa desigualmente as pessoas, pois

trata igualmente grandes e pequenos contribuintes; 2 - materializa provável tributação dobrada; 3. - limita a melhor utilização de outros mecanismos tributários; 4. - impõe ao ente tributador a difícil tarefa de explicar os mecanismos tradicionais de justificação e caracterização do imposto. Cabe uma explicação: os tributos são um importante instrumento de organização das sociedades contemporâneas e não têm conseguido desempenhar suas funções mais nobres. Além de financiar o Estado, servem para a intervenção na economia de produção e para redução das desigualdades econômicas individualizadas (ou deveriam servir). São um instrumento político por excelência. Desgastá-los com aplicações e instituições inapropriadas é desrecomendável.

Distribuição de programas. Existem discussões sobre a aplicação dos direitos autorais na distribuição de programas. Uma vez realizada a descarga, é gerada uma cópia do programa, o que tem semelhança com a cópia de um texto, embora não seja a mesma coisa. No âmbito da Comunidade Européia há preocupações positivadas com a autorização para distribuição, como aponta CERQUEIRA⁷²:

⁷² CERQUEIRA, ob. cit., p. 3.

A lei Européia, que regulamenta programas de computador nos países da CEE (Software Directive 250/91, de 17/05/91), estabelece que o detentor de direitos de programas de computador é o único que pode autorizar a distribuição de programas em qualquer forma. Certamente esta determinação envolve a distribuição de software através de redes de computador.

Porém as coisas não são tão simples. Assim como no Processo Penal, o mecanismo funciona quando há uma pessoa de um lado e outra de outro, numa relação bipolar simples. Mas o direito adjetivo dos delitos demonstra uma incrível ineficiência histórica quando trata de questões plurisubjetivas, mal que também atingiu o Direito Penal pátrio, embora em menores proporções. O exemplo mais proeminente, que serve para demonstrar a dupla ineficácia, no Brasil, entre diversos outros, é o lamentável caso Collor no STF. Com relação ao tema específico, está surgindo, na área da distribuição do software em redes, o programa “frankenstein”, que conta com a participação de diversas pessoas e corporações, sendo extremamente difícil precisar quem fez o quê. Igualmente, a proliferação de versões “shareware” e “freeware” de partes ou totalidade de programas está mudando o eixo de referência do trabalho individual auxiliado pelos recursos lógicos da informática. As noções de conhecimento compartilhado, presentes nas Net’s, tendem a gerar novas formas de apreciação do problema.

Telefonia. Além de outras formas físicas de conexão, a telefônica prepondera na configuração das redes, principalmente nos denominados acessos remotos. Então, as recentes discussões nacionais sobre a normatização jurídica dessa área são relevantes. Vamos mais longe: há uma tendência de considerar as telecomunicações, entre outros, como um dos fatores de geração do ciberespaço.

Hiperdocumentos. São documentos eletrônicos que combinam hipertexto com diagramas, podendo ainda incluir multimídia, outros programas e até sistemas especialistas, conforme Martin⁷³. Há algum tempo a produção dos documentos jurídicos não possibilita a busca de formas alternativas. Textos legais e atos processuais têm tido seus mecanismos de construção formal absolutamente petrificados diante da história. No caso de termos de atos judiciais, é possível uma experiência interessante: pega-se um termo de audiência de 1967. Outro de 1995. Elimina-se a data e as marcas físicas do envelhecimento (o que importa é analisar o texto). Provavelmente não será possível diferenciá-los cronologicamente. Isso é um mau sintoma de excesso de conservação, denotando que as rotinas jurídicas básicas, no contato do Estado com os fatos, permanecem praticamente inalteradas por muito tempo. E, sabemos, não são eficazes. Por outro lado, o sistema normativo é, normalmente, tão grande e complexo que seus usuários perdem muito tempo buscando

informações, com elevados índices de imprecisão. A utilização adequada de hiperdocumentos, segundo especialistas, reduz o problema.

4.3 Avaliação

A enumeração de questões não tem fim. Existem ainda diversas outras importantes, como vírus, domínios, moderadores, relações de trabalho, publicação, produção e registro das “home page”, etc.

Todas têm um ponto em comum, qual seja, o contato com a questão introdutória do capítulo, à qual não é possível, de imediato, apresentar integral e satisfatória resposta. Inobstante, no universo delimitado, cabem algumas considerações:

1. há incidência da ética (pura e jurídica) nas ações de caráter individual (não invadir arquivos, não quebrar senhas). Porém, a sanção fica praticamente reduzida à mesma esfera;

2. a ética coletiva está sendo a grande normatizadora da internet, através de protocolos e estratégias materializadores de institutos

⁷³ MARTIM, James. Hiper documentos e como criá-los, viii.

de autogestão, fato que pode constituir, com cautelas e ressalvas, um espaço marcado pela autonomia, embora existam tópicos a serem, ainda, abordados de forma mais propícia pelo direito tradicional.

5. O HOMEM NO CAMINHO DA BARBÁRIE

5.1 As perspectivas

Diante das transformações em curso, a perpetuação de uma sociedade sombria, injusta e contundente como a atual, ou pior, é algo que deve ser laborosamente evitado. Como salientou WARAT, as redes não terão dono e serão incontroláveis, e os resultados da evolução propiciada pela telemática podem ser agradáveis ou desagradáveis. Na opinião do festejado mestre, há três opções factíveis, chamadas de “*futuribles*”⁷⁴:

*“Propongo, copiando un termino de Bunge, la construcción de un **futurible**, que seria - como el mismo define: **un futuro posible imaginado por alguien** . Un esfuerzo para tratar de responder a la*

pregunta: “qué futuro nos espera ?”, especialmente en lo que se refiere a la ecología, la ciudadanía, la subjetividad y la producción social de verdades y valores . Los malestares, tensiones y búsquedas asociadas a esos cinco “ingredientes” socio-políticos en la encrucijada terminal de la modernidad. En el fin de nuestro siglo, muchos se preguntan qué pueden esperar los hombres del próximo milenio.

.....

*Los **futuribles** son preguntas sobre el futuro que no esperan respuesta, que sirven como revelación de una problemática más que como indicador de soluciones. Preguntar para armar una perspectiva que permita buscar las señales del futuro. Preguntas sobre el futuro para sugerir que las cosas no están presas a los determinismos, son evitables. Examinar lo dado para escapar de sus fronteras, la fuga hacia los mejores imprevistos y preferencias del mañana.*

⁷⁴ WARAT, Luis Alberto, ob. cit., p 32.

.....

Un **futurible**(emancipatorio) es una reflexión ético-biológica- deseante sobre los criterios de producción del mundo, que puedan ser vistos como aptos para garantizar las condiciones de posibilidad del futuro. Un compromiso de **solidaridad con el mañana**: una forma de **solidaridad** con las generaciones que nos seguirán para que puedan vivir sobre condiciones dignas de libertad, salud y existencia material".**El Derecho al mañana, que debe ser ética y legalmente protegido como el bien jurídico de las generaciones venideras. Sin duda, el lugar donde comienzan a juntarse los Derechos Humanos con la ecología. El futuro de la democracia existencial depende del establecimiento de ese lugar de encuentro.**

.....

Estamos delante de la posibilidad de diseñar, acompañando a Bunge , tres modalidades de

futuribles para el mundo que se inicia en el año 2000:

a) la extinción de la humanidad ;

b) el retorno a la barbarie ;

c) el avance a una sociedad mundial solidaria , equitativa y austera(emancipada)

.....

*En la posibilidad de recuperación del proyecto de las autonomías se encuentran las razones que estructuran el tercer **futurible**, el de la emancipación.*

.....

*Anticipar los horrores del futuro sólo sirve si nos conduce a una **nueva apuesta con la vida**, si nos permite reinvestir en la propia identidad, si nos ayuda*

*a reinventar sueños: una esperanza que se acepte incompleta. Nuestra apuesta en el **tercer futurible**: una sociedad solidaria, equitativa, **democrática** (Bunge no lo dice) y austera(la humanidad tiene condiciones de sobrevivir varios millones de años si altera su desmedido estilo de consumo, planificando, en forma solidaria con las generaciones futuras, la eficacia de los recursos que emplea , evitando sus impulsos al derroche)”.*

Qual das alternativas é a mais possível de acontecer?

A primeira, sabe-se, é tecnicamente viável, eis que há armamento para tanto, e ela pode ocorrer a qualquer momento.

Porém, num âmbito menos espetacular e mais gradativo, não resta dúvida de que a segunda está em processo de configuração.

Estamos vivendo um retorno à barbárie, em alguns aspectos. No âmbito econômico, um desequilíbrio irracional de concentração

de renda entre as classes está gerando fome, miséria e desemprego, como nunca se viu. No aspecto social, as diferenças geradas estão constituindo desigualdades excessivas. No plano ambiental, as alterações provocadas por nós fazem o planeta e a natureza reagirem de forma alarmante, despertando um elevado receio das conseqüências mais graves. A falta de cuidado com as aplicações da tecnologia provoca, diariamente, diversos acidentes fatais no mundo todo, nas rodovias, nos hospitais, nos trens e aviões, etc.

Ou seja, as coisas estão se desorganizando e o homem está perdendo o controle sobre os pequenos problemas diários da atualidade, inseridos trivialmente na “margem de erro” organizacional. Ocorre que pequenos problemas que envolvam atividades em larga escala ou grandes concentrações de pessoas ou de equipamentos ou ainda de informações, acarretam, comumente, incedentes de grandes proporções. Um pequeno problema técnico em uma rede bancária pode causar grandes alterações nas bolsas de valores, gerando uma crise econômica artificial. Um pequeno problema em um projeto aeronáutico pode, anos depois, derrubar um avião e matar dezenas de pessoas. Um pequeno problema de manutenção nos freios de um trem pode causar uma colisão e, igualmente, matar dezenas de pessoas. Um pequeno problema em um único navio

petroleiro pode provocar um derramamento de material apto a dizimar populações animais inteiras, em determinadas regiões.

5.2. A barbárie e o direito

Mas, o aspecto que mais nos interessa e impressiona é o jurídico. Temos, aqui, uma modalidade estatal de barbárie, dentro de uma estrutura concebida, originária e doentivamente, como instrumento de organização e solução pacífica dos problemas da humanidade. O elevado grau de entropia⁷⁵ ôntica presente na máquina jurídica oficial assusta e mata.

Zaffaroni identifica um genocídio vigente⁷⁶:

“A operacionalidade real dos sistemas penais latino-americanos: o genocídio em ato. Não se deve pensar que apenas a projeção futura de nossos sistemas penais no âmbito de um genocídio tecnocolonialista marca a necessidade e a urgência de uma resposta

⁷⁵ Desorganização interna de um sistema, segundo Isaac EPSTEIN, in “Cibernética”, p. 83.

⁷⁶ Na obra “Em busca da penas perdidas”, p. 122.

marginal à deslegitimação do sistema penal, pois já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento”.

E aponta a especificidade dos acontecimentos⁷⁷:

“Há mortes em confrontos armados (alguns reais e a maioria simulada, ou seja, fuzilamentos sem processo). Há mortes por grupos parapoliciais de extermínio em várias regiões. Há mortes por grupos policiais ou parapoliciais que implicam a eliminação de competidores em atividades ilícitas (disputa por monopólio de distribuição de tóxicos, jogo, prostituição, áreas de furtos, roubos domiciliares, etc.). Há ‘mortes anunciadas’ de testemunhas, juízes, fiscais, advogados, jornalistas, etc. Há mortes de torturados que não ‘agüentaram’ e de outros em que os torturadores ‘passaram do ponto’. Há mortes ‘exemplares’ nas quais se exhibe o cadáver, às vezes mutilado, ou se enviam partes do cadáver aos

familiares, praticadas por grupos de extermínio pertencentes ao pessoal dos órgãos dos sistemas penais. Há mortes por erro ou negligência, de pessoas alheias a qualquer conflito. Há mortes do pessoal dos próprios órgãos do sistema penal. Há alta frequência de mortes nos grupos familiares desse pessoal cometidas com as mesmas armas cedidas pelos órgãos estatais. Há mortes pelo uso de armas, cuja posse e aquisição é encontrada permanentemente em circunstâncias que nada têm a ver com os motivos dessa instigação pública. Há mortes em represália ao descumprimento de palavras dadas em atividades ilícitas cometidas pelo pessoal desses órgãos do sistema penal. Há mortes violentas em motins carcerários, de presos e de pessoal penitenciário. Há mortes por violência exercida contra presos nas prisões. Há mortes por doenças não tratadas nas prisões. Há mortes por taxa altíssima de suicídios entre os criminalizados e entre o pessoal de todos os órgãos do sistema penal, sejam suicídios manifestos ou inconscientes. Há mortes...”.

⁷⁷ ZAFFARONI, ob. cit., p 123.

E as afirmativas são extremamente pertinentes, pois, como se vê, a estrutura apontada como sistema penal está matando pessoas em razão de seus “pequenos problemas”. E trata-se de mortes geradas única e exclusivamente pelos mecanismos oficiais.

5.3 Modernidade e autonomia

Estamos, pois, diante de uma necessidade bastante relevante: como buscar a terceira via?

Apona o Mestre WARAT para a recuperação do projeto da autonomia, com a lembrança que fazemos de que originariamente *“a emergência desse projeto marca a ruptura com a ‘verdadeira’ Idade Média”*⁷⁸.

Sobre ele falou CASTORIADIS⁷⁹:

⁷⁸ Assim afirmou Cornélius CASTORIADIS, in “As encruzilhadas do labirinto III: O mundo fragmentado”, p. 18.

“Para o ressurgimento do projeto de autonomia, novas atitudes humanas e novos objetivos políticos são exigidos, cujos sinais por enquanto são raros. Mas seria absurdo tentar decidir se estamos vivendo um longo parêntese, ou assistindo ao começo do fim da história ocidental enquanto história essencialmente ligada ao projeto de autonomia e co-determinada por esse mesmo projeto”.

A necessária mudança de atitude e objetivos é apontada como dificultosa no momento atual, visto estarmos, hoje, diante de um momento delicado, um hiato, esse *longo parêntese*, que gerou um apontado declínio na consciência crítica humana, visto que *“a situação após 1950 é de decadência manifesta na criação espiritual. Na filosofia, a interpretação e o comentário textuais e históricos dos autores do passado desempenham o papel de substitutos do pensamento”*⁸⁰.

De fato, tal situação de degradação é marcante, não se restringindo ao contexto filosófico, eis que, *“considerado posteriormente, do ponto de vista em que podemos nos situar no final dos anos 80, o período*

⁷⁹ CASTORIADIS, ob. cit., p. 26.

⁸⁰ CASTORIADIS, ob. cit., p. 23.

*subseqüente a 1950 caracteriza-se sobretudo pela evanescência do conflito social, político e ideológico*⁸¹ .:

O envelhecimento da modernidade aponta conseqüências de peso. Porém, é necessário dizer do que se trata, a que instituto estamos aludindo quando surge menção à modernidade. Nas palavras de ROUANET⁸², há uma definição clara, inspirada em WEBER, chegando aquele a dizer que *“como se sabe, para Weber a modernidade é o produto do processo de racionalização que ocorreu no Ocidente, desde o final do século XVIII, e que implicou a modernização da sociedade e a modernização da cultura”*.

Ocorre que a modernização atingiu um estágio de esgotamento e ambiguidade, e *“o período ‘moderno’ (1750-1950, para fixar as idéias) pode ser perfeitamente definido pela luta, mas também pela contaminação mútua e o emaranhamento destas duas significações imaginárias: autonomia de um lado, e expansão ilimitada da ‘mestria racional’ do outro. Ambas mantêm coexistência ambígua sob o teto comum da Razão*⁸³.

⁸¹ CASTOTIADIS, ob. cit., p. 22.

⁸² ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do iluminismo, p. 231.

⁸³ CASTORIADIS, ob. cit., p. 20.

Até mesmo a expressão utilizada para identificar o acontecimento exprime uma certa falta de logicidade⁸⁴:

“O termo ‘moderno’ exprime uma atitude profundamente auto- (ou ego-)cêntrica. A proclamação ‘nós somos os modernos’ tende a anular todo desenvolvimento ulterior legítimo. Mais do que isso, contém curiosa antinomia. O componente imaginário (e consciente de si) do termo implica a autocaracterização da modernidade, como abertura indefinida com relação ao futuro; e, no entanto, essa caracterização tem sentido somente no que se refere ao passado. Eles eram os antigos, nós somos os modernos. Então, como deveremos chamar aqueles que vêm depois de nós? O termo moderno só tem sentido na hipótese absurda pela qual o período assim autoproclamado durará para sempre, e pela qual o futuro não passará de um presente prolongado - o que, por outro lado, contradiz plenamente as pretensões explícitas da modernidade”.

⁸⁴ CASTORIADIS, ob. cit., p. 15.

De fato, há algo apto à provocação de um sentimento de inquietude diante do desenho reflexivo estatuído, talvez fruto de um sentimento de desorientação que acabou por atingir em cheio o próprio movimento da modernidade⁸⁵:

“As vanguardas do alto modernismo perderam sua capacidade de escandalizar e se transformaram em establishment; os grandes mitos oitocentistas do progresso em flecha e da emancipação da humanidade pela ciência ou pela revolução são hoje considerados anacrônicos; a razão, instrumento com que o Iluminismo queria combater as trevas da superstição e do obscurantismo, é denunciada como o principal agente da dominação”.

Realmente, a modernidade não é mais contemporânea, o que não quer dizer que há menos inquietação em torno de seus limites⁸⁶:

⁸⁵ ROUANET, ob. cit, p. 236.

⁸⁶ ROUANET, ob. cit., p. 229.

“Há quase quarenta anos, Adorno escreveu que ‘das Moderne ist wirklich unmodern geworden’ - o moderno ficou fora de moda. Na época, isso era um paradoxo. Hoje, parece ter se tornado uma realidade banal. A dar crédito a artistas, críticos e escritores, estamos vivendo um período pós-moderno. A idéia tem qualquer coisa de inquietante. Dizer que somos pós-modernos dá um pouco a impressão de que deixamos de ser contemporâneos de nós mesmos. Seja como for, temos de aceitar filosoficamente o fato de que na opinião de grande número de pessoas, nem todas lunáticas, entramos na era da pós-modernidade”.

Assim como a designação semântica anterior, essa, “pós-modernidade”, também desperta irresignações, como se pode perceber⁸⁷:

⁸⁷ CASTORIADIS, ob. cit., p. 15.

“Toda designação é convencional; da mesma forma, o disparate do termo ‘pós-moderno’ é evidente. Observa-se, porém, com menos freqüência que se trata de um derivado. Sendo já o próprio termo ‘moderno’ infeliz, a inadequação de pós-moderno tinha de aparecer necessariamente com o tempo. O que ainda poderia haver, após a modernidade? Um período chamado moderno só pode pensar que a História atingiu o seu fim, e que os humanos viverão, daí em diante, num presente perpétuo”.

Mas, apesar da precedente crítica à nomenclatura, o que importa é indagar sobre os rumos que a conjuntura apresenta, sobre os quais incidem questionamentos de idêntica relevância, tendo em vista que *alguns vêem no pós-moderno um salto para a frente, e outros uma fuga para o passado - seria uma nova vanguarda ou uma regressão ao arcaico*⁸⁸. Tais dúvidas tem um efeito multiplicador, mas parece que, no final da avaliação, resta uma constatação⁸⁹, no sentido de que *“uns sentem o fenômeno como novo, outros como antigo, uns o identificam num ou noutra setor da cultura, outros como presença difusa que atravessa inteiramente o cotidiano, mas*

⁸⁸ ROUANET, ob. cit., p. 229.

⁸⁹ ROUANET, ob. cit., p. 230.

todos estariam de acordo na seguinte afirmação: a modernidade envelheceu”.

Envelheceu ou, quem sabe, acabou⁹⁰:

“Logo, não basta dizer que ‘a modernidade é um projeto inacabado’ (Habermas). Na medida em que encarnou a significação imaginária capitalista da expansão ilimitada do (pseudo-)domínio (pseudo-)racional, a modernidade está mais viva do que nunca, engajada numa corrida frenética, a qual leva a humanidade para os mais extremos perigos. Mas, na medida em que esse desenvolvimento do capitalismo foi decisivamente condicionado pelo desenvolvimento simultâneo do projeto da autonomia social e individual, a modernidade está acabada”. (destacado do original).

A grande indagação, diante dessa constatação, reside sobre os referenciais substitutivos, orientadores das reflexões

subseqüentes⁹¹, e a “a pós-modernidade se manifestaria, inicialmente, no plano do mundo vivido (*Lebenswelt*), através de um novo cotidiano, qualitativamente diferente do que caracterizava a modernidade. É um cotidiano em que a máquina foi substituída pela informação, a fábrica pelo shopping center, o contato de pessoa a pessoa pela relação com um vídeo”.

A máquina, a informação e o vídeo passam a assumir uma posição de auxiliares do questionamento sobre a existência humana, tendo em vista, sobretudo, o fato de que *o pós-moderno se define, em sua acepção mais geral, por um questionamento da modernidade, no todo ou em parte*⁹², reforçando a dúvida sobre o desenrolar dos acontecimentos⁹³, tendo em vista que “há uma consciência de que a economia e a sociedade são regidas por novos imperativos, por uma tecnociência computadorizada que invade nosso espaço pessoal e substitui o livro pelo micro, e ninguém sabe ao certo se tudo isso anuncia uma nova Idade Média ou uma Renascença”.

Assim, mais do que nunca, como já dito anteriormente, o resgate do projeto da autonomia pode constituir importante ponto de

⁹⁰ CASTORIADIS, ob. cit., p. 26.

⁹¹ ROUANET, ob. cit., p. 233.

⁹² ROUANET, ob. cit., p. 231.

⁹³ ROUANET, ob. cit., p. 230.

equilíbrio do contexto, como identificou CASTORIADIS⁹⁴, no sentido de que *“a autonomia é, portanto, o projeto - e agora estamos ao mesmo tempo no plano ontológico e no plano político - que visa, no sentido amplo, ao nascimento do poder instituinte e sua explicitação reflexiva (que sempre só podem ser parciais)”*.

É um importante referencial, diante do quadro até aqui apresentado, para o mundo do Direito, nos tempos atuais⁹⁵, principalmente *“se lembrarmos que a instituição da sociedade só existe na medida em que é incorporada nos indivíduos sociais, poderemos então, evidentemente, justificar (fundar, se quisermos), a partir do projeto de autonomia, os ‘direitos do homem’, e muito mais”*.

5.4 Questionamentos e constatações.

Sim, fundar a busca do caminho da terceira via é algo bastante salutar.

⁹⁴ CASTORIADIS, ob. cit., p. 148.

⁹⁵ CASTORIADIS, ob. cit., p. 147.

Para tanto, são primordiais as reflexões críticas sobre a evolução do direito e da ciência jurídica diante de tal universo de acontecimentos (telemática, internet, ciberespaço, etc), fazendo surgir a metajurisprudência⁹⁶ cibernética, à luz de questionamentos sobre o ciberespaço, do seguinte estilo:

Por quê conceitos jurídicos ?

Quais as suas particularidades?

Há de necessidade de tal ?

Trata-se só das grandes redes ?

Quando está configurado o ciberespaço ?

Qual a natureza da ação humana nesse ambiente?

Qual a sua ligação com o conceito de direito ?

Qual a colocação sistêmica da internet ?

Está em curso uma mudança de comportamento humano. Uma das mais rápidas da história, e por motivos pacíficos. O direito tradicionalmente corre atrás delas. Uma mudança de raciocínio está, igualmente, em curso ?

⁹⁶ A metajurisprudência se constitui nas reflexões críticas sobre a jurisprudência de conceitos.

O nosso modelo lógico-racionalista oferece respostas razoáveis ?

Os critérios tradicionais de integração do ordenamento podem ser aplicados ?

As noções de norma e ordenamento jurídicos encontram espaço ?

Nesse contexto, existe relação do direito com as ciências naturais ? Como se processam ?

O jurista vê alterada a sua função descritiva apontada por Kelsen ?

Entre milhares de outros.

Deve-se ver a coisa sob duas óticas.

Uma, formal, do direito tradicional, do raciocínio lógico.

Da lei, da doutrina e da jurisprudência, com abordagem dos acontecimentos do mundo normativo, tomando-se como norte o tradicional conceito de relação jurídica, que traz consigo muitos outros. Estamos falando de precedentes jurisprudenciais, da telefonia celular, dos satélites, da legislação

da Telemática e da Informática Jurídica. Estamos falando de uma dimensão de Direitos.

Outra, calcada na comunicação rápida, no raciocínio sensorial e emocional, no esgotamento do modelo literal-racional. Estamos falando da superação da linguagem natural, de diabólicos mecanismos de compressão de dados, da comunicação multimídia, da realidade virtual e de outras formas de ver e sentir o mundo.

O fundamental é que sejam produzidas reflexões com o intuito de evitar que esse temas todos sirvam de subsídios, de qualquer ordem, ao homem na sua estranha e inexplicável caminhada rumo à barbárie e à destruição.

6. ALGUNS ASPECTOS

CONSTITUCIONAIS DA LEI 9.296/96

Como apontado anteriormente, agora será dedicado exame mais detido à lei 9.296/96⁹⁷, tendo em vista o fato de tratar, única e exclusivamente, da incidência de um mecanismo de telecomunicações no cotidiano jurídico, bem como por se constituir na primeira lei brasileira a utilizar a expressão “*telemática*”.

Dois grandes questionamentos centrais surgem de imediato: 1. A Lei tentou expandir o procedimento de escuta telefônica - como meio de prova - para os fluxos de comunicações estabelecidos em sistemas de informática e *telemática*. Isso é possível? Tal expansão pode ser admitida ? Ou seja, pode haver interceptação da transmissão de dados para investigações criminais ? 2. A Lei ofendeu princípios constitucionais do processo penal ?

⁹⁷ De 24 de julho de 1996, publicada no Diário Oficial da União em 25 de julho de 1996.

6.1 Preliminarmente

Antes de tratar dessas duas questões centrais, algumas perquirições de ordem secundária devem ser apresentadas. Por quê o texto, que pretendeu disciplinar o inciso XII do art. 5º. da CF, não utilizou a expressão “*comunicação de dados*”, como ali constava, ao invés de “*fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática*”, no discutido parágrafo único do artigo 1º. ? Será que o legislador ordinário hesitou quanto ao real significado da expressão “*comunicação de dados*” do texto constitucional ? O que o constituinte entendeu por essa expressão ? Havendo um Decreto que especifica o termo “*transmissão de dados*”, teria ele sido ignorado pelo legislador ordinário ao tentar disciplinar o assunto ? “*Transmissão*” e “*comunicação*” são sinônimos ? Por quê os conceitos estabelecidos pela legislação nacional de telecomunicações foram esquecidos quando da redação da Lei 9.296/96 ? Não pretendemos abordar todas as questões, somente as duas anteriores, apontadas como principais. Mas, diante de tais indagações, não é difícil constatar que houve reduzido índice de integração do aludido diploma legal com uma série de disposições jurídicas legais e doutrinárias presentes no cenário nacional. Trata-se de uma Lei de qualidade duvidosa.

Sobre o significado do termo “*dados*”, e seus desdobramentos, vamos de imediato identificar nosso posicionamento. Entendeu TUCCI⁹⁸ que se tratam de informações particulares e íntimas do indivíduo, impublicizáveis, o que chamou de “*dados pessoais*”. Sua assertiva encontra respaldo no pensamento de CRETELA JÚNIOR⁹⁹, para quem os dados aludidos são “*informações sobre as pessoas*”. TUCCI¹⁰⁰ ainda afirma que podem se tratar de “*quaisquer dados, inclusive os informáticos*”. O próprio Professor José Afonso da SILVA¹⁰¹ também faz alusão às “*comunicações dos dados pessoais*”.

Com o devido respeito aos grandes nomes citados, pode-se afirmar que cometeram um equívoco. O dispositivo constitucional aludido (inciso XII do art. 5º.) trata de formas de comunicação. Tutela e protege *meios*, e não o *conteúdo* de mensagens. São as comunicações telefônicas, por carta, telegráfica e a **transmissão de dados**, a qual é uma **forma de comunicação**. Não teria o menor sentido o dispositivo tratar de *forma* e, atabalhoadamente, abordar o *conteúdo* no meio da disposição, mesmo porque a comunicação de *dados pessoais*, com que TUCCI¹⁰², se dá por um dos meios de comunicação, e descabe a interpretação que acaba por eliminar um *meio* - quando o dispositivo fala de *meios* - para inserir um

⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, p. 432.

⁹⁹ Citado por TUCCI, ob. cit., na nota de rodapé nº. 20 do § 7º. do capítulo IV, p. 432.

¹⁰⁰ TUCCI, ob. cit., mesmas nota e página.

¹⁰¹ Em sua obra *Curso de direito constitucional positivo*, p. 377.

¹⁰² SILVA, ob. cit., p. 432.

conteúdo. É claro, sabe-se, existe uma preocupação jurídica em torno da proteção das informações da vida privada das pessoas, na qual a expressão “*dados*” eventualmente aparece. Mas não é o caso. O texto constitucional está se referindo à “*comunicação de dados*”, uma forma de comunicação, como já foi dito, ou de telecomunicação, tal como foi consagrada pelo Decreto 97.057/88¹⁰³, como se vê:

Art. 4º. Os Serviços de Telecomunicações, para os efeitos deste Regulamento Geral, dos Regulamentos Específicos e Normas Reguladoras Complementares, compreendendo a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético de comunicação, classificam-se do seguinte modo:

*I - quanto à **forma** de telecomunicação empregada:*

- a) telegrafia;*
- b) telefonia;*
- c) televisão;*

¹⁰³ De 10 de novembro de 1988.

d) **transmissão de dados**;

e) *teledifusão*;

f) *outras formas.*” (destacado do original).

Ora, se há um dispositivo infra-constitucional disciplinando formas de comunicação - no caso, telecomunicação - não há razão para hesitar: comunicação de dados ou transmissão de dados é uma forma de comunicação de informações codificadas no universo da informática, como se vê pelo item 158 do art. 6º. do mesmo Decreto, na seguinte forma:

“158. **-Transmissão de Dados**: *forma de telecomunicação caracterizada pela especialização na transferência de dados de um ponto a outro;*”
(destacado do original).

Essa transmissão é feita com o auxílio de um instrumento definido no item 54:

“54.- Modem de Dados: equipamento de telecomunicações, destinado à transmissão de dados, que faz conversão de códigos, geralmente transformando sinais codificados por pulsos de tensão em sinais codificados por pulsos de frequência, e vice-versa;”.

Esses elementos integram um serviço público de telecomunicações, definido pelo item 124 dos mesmos decreto e artigo:

*“124. - Serviço Público de **Transmissão/Comunicação** de Dados: serviço público de telecomunicações comutado, essencialmente destinado à intercomunicação para transmissão/comunicação de dados entre seus usuários;” (destacado do original).*

Veja que ficou estabelecida uma similaridade entre *transmissão* e *comunicação*. Isso não quer dizer que signifiquem exatamente a mesma coisa, pois a primeira constitui somente o *envio*, e a segunda, mais abrangente, envolve também o recebimento, ou seja, define todo o processo.

A opinião final vem no vigésimo terceiro ítem dos aludidos artigo e decreto, com a definição do que venha a ser “*dado*”:

“23.- **Dado**: *Informação sistematizada, codificada eletronicamente, especialmente destinada a processamento por computador e demais máquinas de tratamento racional e automático da informação;*”
(destacado do original).

Assim, não temos dúvida do que sejam os “*dados*”, nem do sentido empregado no contexto do XII do artigo 5º. da Constituição Federal para a expressão “*comunicação de dados*”: uma forma de comunicação, paralela às demais ali apresentadas.

6.2. O Parágrafo único do artigo primeiro e a Constituição

No intuito de tentar criar um mecanismo que possibilitasse a interceptação de dados telemáticos, a lei discutida assim consignou:

“Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

*Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à **interceptação** do fluxo de comunicações em **sistemas de informática e telemática**.” (destacado do original).*

Esse parágrafo único conflita com a Constituição ?

Antes da edição da Lei, José Afonso da SILVA¹⁰⁴ escreveu sobre as prescrições do inciso XII do artigo 5º., dizendo o seguinte:

“Ao declarar que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, a Constituição está proibindo que se abram cartas e outras formas de correspondência escrita, e se interrompam o seu curso, se escutem e interceptem telefonemas. Abriu-se excepcional possibilidade de interceptar comunicações telefônicas, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual.

Veja, ele entende que é possível interceptar somente as comunicações telefônicas, mediante disciplinamento legal. As demais formas de comunicações, em princípio, não podem ser interceptadas, no

¹⁰⁴ SILVA, ob. cit., p. 377/8.

entendimento de ilustrado mestre, o que vale dizer, a interceptação é vedada.

Tal vedação foi abordada por outro grande doutrinador nacional, e não de outra maneira se manifestou Rogério Lauria TUCCI¹⁰⁵ :

“Presenta-se ela absoluta [a vedação], segundo nosso entendimento, no tocante à inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e de dados pessoais; vale dizer, este, em nenhuma hipótese, poderá ser violado”.

“Já agora no que respeita às comunicações telefônicas, foi estabelecida uma exceção, permitindo-se sua interceptação, por ordem judicial, em determinadas circunstâncias, explicitadas no próprio texto constitucional.”.

Da mesma forma que o jurista anterior, TUCCI também escreveu sobre o assunto antes da edição da Lei em estudo.

Embora tenhamos divergência com ambos os autores sobre o significado da expressão “*comunicação de dados*”, todos concordamos em um ponto: somente podem ser interceptadas as comunicações telefônicas.

E ambos, TUCCI e SILVA, escreveram suas opiniões antes da edição da Lei aludida, ficando claro que não se trata de um mero casuísmo, mas, pelo contrário, de análises gerais e bastante objetivas, concluindo que ***não cabe interceptação de nenhuma das formas de comunicação arrolados no inciso XII do artigo 5º***. As exceções são as seguintes: 1. mediante Lei, podem ser interceptadas somente as comunicações telefônicas; 2. aquelas restrições estabelecidas constitucionalmente para os estados de sítio e defesa, quais sejam, as contidas nos artigos 136 e 139 da Constituição Federal, como se vê:

“Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade

¹⁰⁵ SILVA, ob. cit., p. 432.

institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a);

b) sigilo de correspondência;

c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

(destacado do original).

E, mais adiante:

“Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I -

II -

*III - **restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;**” (destacado do original).*

Mesmo assim, as exceções apontada na segunda hipótese somente admitem a interceptação da comunicação de dados no estado de sítio.

Na interpretação do texto constitucional, há uma pequena dúvida sobre a expressão “no último caso”, contida no dispositivo

constitucional posicionado no centro do estudo em curso, qual seja, o inciso XII do artigo 5º. da CF:

“5º.

.....

“XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, **no último caso**, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.” (destacado do original).

Tal redação poderia ensejar uma dubiedade, no sentido de que a ressalva abrangesse telegrafia, dados e telefonia, e não só a telefonia, como é o entendimento prevalente. De qualquer forma, já se sabe que o pensamento do legislador ordinário, ao redigir o aludido parágrafo único, desconheceu a opinião dos renomados constitucionalistas até aqui apontados. Inobstante, após a edição da Lei 9.296/96, outro jurista

pátrio, Vicente GRECO FILHO¹⁰⁶, formou convicção sobre o assunto, pronunciando-se da seguinte maneira, inclusive sobre a dúvida gramatical:

“No texto do art. 5º., inciso XII da Constituição, são duas as interpretações possíveis: a ressalva, considerando-se a expressão ‘no último caso’, aplica-se às comunicações telegráficas, de dados e às comunicações telefônicas, OU aplica-se somente às comunicações telefônicas.

A primeira hipótese pressupõe o entendimento de que o texto constitucional prevê somente duas situações de sigilo: o da correspondência, de um lado, e o dos demais sistemas de comunicação (telegrafia, dados e telefonia), de outro. Assim, a possibilidade de quebra do sigilo referir-se-ia à segunda situação, de modo que ‘último caso’ corresponderia aos três últimos instrumentos de transmissão de informações.

A segunda hipótese interpretativa parte da idéia de que o sigilo abranje quatro situações: a

¹⁰⁶ Na obra *Interceptação telefônica*, p. 9/13.

correspondência, as comunicações telegráficas, as de dados e as telefônicas, e, assim, a expressão 'último caso' admitiria a interceptação apenas para as comunicações telefônicas.

.....
Nossa interpretação é no sentido de que 'no último caso' refere-se apenas às comunicações telefônicas, pelas seguintes razões:

Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como 'no último caso', mas como 'no segundo caso'. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra, e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (exceptiora non sunt amplianda).

Com esse entendimento, a conclusão é a de que a Constituição autoriza, nos casos nela previstos, somente a interceptação de comunicações telefônicas, e não a de dados e muito menos as telegráficas...

.....

Daí decorre que, em nosso entendimento, é inconstitucional o Parágrafo único do art. 1º. da lei comentada, porque não poderia estender a possibilidade de interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Não se trata, aqui, de se aventar a possível conveniência de se fazer interceptação nesses sistemas, mas trata-se de interpretar a Constituição e os limites por ela estabelecidos à quebra do sigilo”.

Assim, como se vê: a expansão da interceptação das comunicações telefônicas à comunicação de dados não pode ser admitida; a comunicação de dados é um forma de comunicação, paralela às demais tuteladas pelo inciso XII do artigo 5º. da CF; a comunicação de dados não

pode ser interceptada; o parágrafo único do artigo 1º. da Lei 9.296/96 é absolutamente inconstitucional.

6.3 Ofensa a princípios constitucionais do processo penal.

A análise de algumas disposições da Lei 9.296/96 nos permite concluir que esta macula uma série de princípios constitucionais do processo penal, os quais se interpenetram, como a igualdade das partes, o contraditório indispositivo e a ampla defesa, consagrados não só na Constituição Federal, mas também na Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU.

Veja'se a Carta Magna:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, ...

.....

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes;”
(destacamos).

Homem¹⁰⁷:

“Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

.....

“Artigo X

*Todo homem tem direito, **em plena igualdade**, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.*

“Artigo XI

*1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas **todas as garantias necessárias a sua defesa**.” (destacado do original).*

Pois bem, vamos ao ponto da Lei 9.296/96 onde se materializa, de forma mais clara, o desrespeito aos princípios invocados:

¹⁰⁷ Aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, publicada como texto anexo à obra *Direitos humanos fundamentais*, de Manoel Gonçalves FERREIRA

*Art. 3º. A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou **a requerimento:***

I - da autoridade policial, na investigação criminal;

*II - do **representante do Ministério Público**, na investigação criminal e na instrução processual penal.”*
(destacado do original).

O dispositivo é verdadeiramente absurdo. A impossibilidade de requerimento de instalação de escuta telefônica por parte do acusado, para buscar prova em sua defesa, quando tal faculdade é atribuída à acusação - e até mesmo à autoridade policial -, fere de morte os princípios da ampla defesa e da igualdade das partes, do contraditório e da verdade real e não condiz com o perfil democrático que a Constituição Federal destina ao Processo Penal nacional.

Trata-se de uma grave ofensa ao “*due process of law*”, sobre o qual manifestou-se TUCCI¹⁰⁸, no âmbito do processo penal, discorrendo sobre as garantias envolvidas:

“Assim concebido, especifica-se o devido processo penal nas seguintes garantias:

a)

b)

c) *de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal;*

d) *da plenitude de defesa da indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes;*

e).....”.

¹⁰⁸ TUCCI, ob. cit., p. 70.

A igualdade das pessoas no processo consiste na *“identidade de situação jurídica em que todas elas se postam”*, segundo o mesmo autor¹⁰⁹, e isso significa que, *“no âmbito do poder judiciário, devem ser assegurados os meios judiciais adequados à tutela dos respectivos direitos subjetivos materiais, com o máximo de igualdade”*¹¹⁰.

Assim, temos que o direito de defesa se traduz, também, na igualdade das partes no processo, com igualdade de faculdades probatórias, como se vê¹¹¹:

*“A **isonomia processual**, por sua vez, reclama que aos sujeitos parciais sejam concedidas as mesmas armas, a fim de que, paritariamente tratadas, tenham idênticas chances de reconhecimento, satisfação ou assecuração do direito que constitui o objeto material do processo.*

.....

*“Para que isso aconteça, tornam-se imprescindíveis, outrossim, a par do **contraditório indispositivo**, a concessão, ao acusado, ‘em geral’, da possibilidade*

¹⁰⁹ TUCCI, ob. cit., p. 159.

¹¹⁰ TUCCI, ob. cit., p. 163.

*de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (sobretudo a **técnica**, realizada, como visto, por um profissional dotado de conhecimento jurídico específico), numa autêntica **paridade de armas** entre a acusação e a defesa;”.*

Uma coisa está ligada à outra, isto é, quando há liberdade de produção de prova para somente uma das partes, não há igualdade, não há ampla defesa, e não há contraditório regular.

É idêntico o pensamento de MIRABETE¹¹²:

*“Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º., LV). Segundo ele, o acusado goza do **direito de defesa sem restrições**, num processo em que deve estar assegurada **a igualdade das partes**. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: 'A verdade atingida pela*

¹¹¹ TUCCI, ob. cit, páginas 164 e 186.

¹¹² Na obra *Processo penal*, p. 44.

justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado.”
(destacado do original).

Prossigue o Ilustre Mestre¹¹³:

“Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes.”

E, mais adiante, o ilustrado Professor de Processo Penal reafirma¹¹⁴:

“Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja

¹¹³ MIRABETE, ob. cit., p. 44

¹¹⁴ MIRABETE, ob. cit., p. 44.

*também ouvida, em igualdade de condições (audiatur et altera pars). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que conceda as partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, **apresentando provas**, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.*

*“Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, **a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada**, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de **apresentar as provas que lhe convenham**, etc.” (destacado do original).*

Além disso, a Lei em destaque, em outro dispositivo, ofendeu - novamente - o contraditório, de forma particularizada, no artigo 6º.:

*“Art. 6º. Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando **ciência ao Ministério Público**, que **podará acompanhar a sua realização**.”*

§ 1º

§ 2º

§ 3º. *Recebidos esses elementos, o juiz determinara a providência do art. 8º., **ciente o Ministério Público**.”*
(destacado do original).

O artigo determina que seja dada ciência somente ao “*parquet*”, facultando-lhe, exclusivamente, o acompanhamento da formação da prova. Isto materializa uma arbitrariedade processual. Frisamos, porém, que o Ministério Público não é o responsável por isso.

Inobstante, princípios gerais e constitucionais estão sendo ofendidos diretamente, de forma clara e aberta, e isso não pode ser tolerado, em hipótese alguma, em um estado pretensamente (ou

formalmente) democrático. Deve-se buscar o efetivo estabelecimento e vigência dos princípios consagrados no texto constitucional e na declaração dos direitos do homem.

Vale lembrar, ainda, que a paridade de armas, no dizer de TUCCI¹¹⁵, compreende a *“conjunção de três realidades procedimentais, a saber: a) o direito à informação (nono inauditus dainnari potest); b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito á prova legitimamente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade)”*, e que *“o direito à prova implica a liberdade das partes de produzir provas sem sofrer quaisquer óbices injustificados”*¹¹⁶, inclusive legais, consagrando a qualquer pessoa o direito de se defender provando.

Para finalizar, ressalte-se que *“tudo isso, enfim, torna-se absolutamente necessário para que tenha lugar, de modo efetivo, no processo penal, a decantada **paridade de armas** entre os seus sujeitos parciais”*¹¹⁷.

Assim, podemos afirmar taxativamente: a Lei 9.296/96, principalmente através de seus artigos 3º. e 6º., ofendeu, frontal e

¹¹⁵ TUCCI, ob. cit., p. 206.

¹¹⁶ TUCCI, ob. cit., p. 229.

¹¹⁷ TUCCI, ob. cit., p. 200.

abertamente, um conjunto de princípios constitucionais do processo penal, bem como disposições da declaração universal dos direitos do homem.

Sua vigência deve ser contestada, eis que, nos moldes apontados, gera provas absolutamente inválidas, prejudicando todos os sujeitos do processo, a acusação, a defesa, o júízo, e, evidentemente, a justiça como um todo, e, ao final, o próprio Direito, o qual sempre perde credibilidade perante a opinião pública quando grandes e importantes processos - ou mesmo pequenos - são inteiramente anulados por problemas formais decorrentes de leis mal redigidas.

6.4 Alternativas.

Diante das considerações apresentadas, surge a necessidade de solução do problema, que passa pelas seguintes alternativas:

1. a invalidação total da Lei 9.296/96 e a edição de um novo diploma legal, sem os vícios apontados, por iniciativa do próprio legislativo;

2. A declaração da inconstitucionalidade integral da Lei pelo Supremo Tribunal Federal, ou, no mínimo, a retirada do mundo jurídico do parágrafo único do artigo 1º. e dos artigos 3º. e 6º.;

3. O “remendo” legislativo dos artigos 3º. e 6º., ampliando-se à defesa as faculdades ali constituídas;

4. A declaração incidental de invalidade dos dispositivos atacados, nos juízos não propriamente constitucionais, individualizadamente, quando da instrução e julgamento de casos concretos;

5. A abertura da faculdade, pelos juízos particularizados, da produção de prova pela defesa, sendo desconsideradas as disposições limitativas dos artigos 3º. e 6º., também quando da instrução e julgamento de casos concretos.

A melhor solução, sem dúvida, é a primeira. Porém, sabe-se da notória dificuldade de movimentação da máquina legislativa, envolvida com uma série de assuntos relevantes e de interesse da Nação. Por outro lado, a primeira, segunda e terceira medidas estão no plano institucional, enquanto a quarta e a quinta, bem como outras da mesma

natureza, estão localizadas no plano individual, e dependem, isoladamente, da consciência da cada operador jurídico envolvido concretamente com o tema.

Inobstante, qualquer que seja a solução encontrada para que se implemente, de forma adequada, a escuta telefônica como meio de investigação e prova em juízo, cabe a seguinte observação: ***em hipótese alguma a Constituição da República Federativa do Brasil admite a interceptação de comunicação de dados*** para tal fim. O sigilo da comunicação de dados somente pode sofrer redução nos termos do artigo 139, III, da Carta Magna, sob a forma de *restrição*. Para fins de investigação criminal e prova judicial, sua inviolabilidade não pode ser quebrada nem mesmo por via de Emenda Constitucional, face ao disposto no inciso IV do § 4º. do artigo 60 da CF, assim redigido:

“Art. 60.

.....

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I -;

II-;

III-;

IV - os direitos e garantias individuais.”.

O dispositivo faz incidir a “*cláusula pétrea*” sobre a garantia analisada. Assim, só se poderia admitir tal meio de prova com um novo Estado e uma nova Constituição.

7. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E COMUNICAÇÃO NA INTERNET.

7.1 Disposições gerais

A liberdade genérica de comunicação e expressão é tema pacificamente consagrado pelo direito, nos mais elevados círculos internacionais.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹¹⁸, em seu artigo 11, já dispunha pela sua garantia:

“Art. 11. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

Da mesma forma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem¹¹⁹, no artigo XIX:

“Artigo XIX

*Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de **procurar, receber e transmitir** informações e idéias **por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.**”* (destacado do original).

A tentativa de cercear a expressão alheia, e sua comunicação, nos traz a lembrança dos senhores feudais ingleses, no século XIII, que puniam trovadores e inventadores de contos quando estes lhes provocavam¹²⁰.

¹¹⁸ Aprovada pela Assembléia Nacional dos Representantes do Povo Francês em 26 de agosto de 1789.

A mais desagradável das lembranças é a de Galileu, que envelheceu na prisão da inquisição por "*haver pensado em astronomia diversamente de quanto o teriam os censores franciscanos e dominicanos*"¹²¹, divulgando suas conclusões. Dentre os sobreviventes, o caso de Galileu é um dos mais infelizes registros de cerceamento à liberdade de expressão e comunicação da história da humanidade.

No Brasil, essa garantia é vigente desde a primeira Constituição, e está atualmente consagrada pela Magna Carta¹²², especificamente nos seguintes dispositivos:

“Art. 5º.

.....

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

.....

¹¹⁹ Aprovada pela Assembléia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

¹²⁰ Conforme afirmou o Prof. Pinto FERREIRA, na sua obra *Curso de direito constitucional*, p. 136.

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

.....

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação....;

.....

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1. Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5., IV, V, X, XIII e XIV.

¹²¹ Assim afirmou John MILTON, em *Discurso pela liberdade*, citado por FERREIRA, ob. cit., p. 136.

¹²² Promulgada em 05 de outubro de 1988.

§ 2. **É vedada toda e qualquer censura** de natureza política, ideológica e artística.” (destacado do original).

Da mesma forma ocorre no plano legal, através da Lei 5.250/67¹²³, a qual, nesses aspectos, foi recepcionada pelo texto constitucional.

Dispõe seu artigo 1º.:

“Art. 1º. **É livre a manifestação do pensamento** e a procura, o recebimento e a difusão de Informações ou idéias, **por qualquer meio**, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer.”(destacado do original).

Como se pode perceber, estamos diante de um instituto que alude à expressão, à comunicação, à manifestação do pensamento, à sua difusão, à criação e mesmo à informação.

7.2 Liberdade de expressão e comunicação

O Professor José Afonso da SILVA¹²⁴ usa a expressão "*liberdade de comunicação*", no sentido mais amplo, que abrangeria as demais:

"Nesse sentido, a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou idéias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer".

Trata-se, acima de qualquer modelagem, de livre divulgação de idéias, de qualquer forma¹²⁵:

"A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que

¹²³ De 09 de fevereiro de 1967.

¹²⁴ Na obra *Curso de direito constitucional positivo*, p. 218.

possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação".

É uma verdadeira expressão da liberdade humana, como um todo, apontada por FERREIRA¹²⁶:

"1. O direito de manifestação do pensamento. A liberdade humana não se concretizaria na prática se não fosse dado ao homem o direito de liberdade de expressão. Esta liberdade abrange os direitos de manifestação da opinião, de discurso e de imprensa".

O Professor CRETELLA JÚNIOR¹²⁷ chega a descrever a comunicação como uma necessidade:

¹²⁵ SILVA, ob. cit., p. 216.

¹²⁶ FERREIRA, ob. cit., p. 136.

¹²⁷ Em seu *Curso de liberdades públicas*, p. 105.

*"A necessidade da comunicação humana leva o homem a difundir idéias e opiniões, primeiro, de modo direto, mediante a utilização de recursos primários, depois, com o advento gradativo da técnica, por **meio de todos os instrumentos adequados à transmissão da mensagem.**" (destacado do original).*

A principal garantia da liberdade de expressão é a liberdade de imprensa, não havendo dúvida de que seu conceito possa ser ampliado¹²⁸:

"O regime de imprensa aplica-se, então a todas as formas de impressão (livros, periódicos, panfletos) e às diversas formas modernas de difusão do pensamento (rádio e televisão), acrescentando-se, sem dúvida, os espetáculos, notadamente o cinema".

Vale dizer: entre as "*diversas formas modernas de difusão do pensamento*" está, sem sombra de dúvida, inserta a internet.

Assim, a *expressão* e a *comunicação* em geral, sob qualquer forma, são mais do que livres no direito brasileiro. Isso significa poder publicar, nos meios de comunicação ou serviços de telecomunicações, qualquer coisa que se queira. No caso dos veículos de comunicação de massa, há cautelas e restrições estabelecidas nas esferas constitucional, legal e regulamentar, principalmente no tocante à proteção da infância e da juventude. Porém elas - as restrições e cautelas - não incidem sobre a internet, o que vale dizer que nela pode ser veiculada **qualquer coisa**, independente de seu conteúdo, inclusive a tão discutida pornografia.

Essa conclusão é reforçada por três outros referenciais, além dos já apresentados:

1. A internet é um veículo mundial, e nenhuma proibição ou censura tem tal alcance;
2. Na internet, a informação, as imagens e os sons não vão em busca das pessoas, pelo contrário, estas partem rumo aos dados, ou seja, uma pessoa, na internet, somente vê o que quer ver, o indivíduo tem total controle sobre a escolha dos atrativos e não há a menor possibilidade de alguém ser *pego de surpresa* por algo que não desejava encontrar, como frequentemente ocorre na televisão;
3. Ao bater às portas da internet e buscar seu ingresso no ciberespaço, as pessoas estão entrando num mundo norteado por outros referenciais, um dos quais é

¹²⁸ CRETELLA JÚNIOR, p. 100.

a *ética hacker*, segundo a qual a *informação quer ser livre*, como foi visto no capítulo 4.

Isso não significa dizer que as pessoas não são obrigadas a assumir responsabilidades decorrentes da liberdade garantida. Como se vê pelas diversas disposições apontadas, é vedado o anonimato e as pessoas são responsáveis pelos abusos cometidos.

Não é outro o entendimento do Professor José Afonso da SILVA¹²⁹:

"A liberdade de manifestação do pensamento tem seus ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição veda o anonimato".

Entenda-se a expressão *responder* como estendida às questões criminais, civis e administrativas.

Ou seja, o mecanismo hábil à redução dos abusos, como pornografia infantil, calúnias e facismo, é a responsabilização, e não a censura, como deve acontecer em uma sociedade regida por pessoas amadurecidas.

A fim de evitar abusos e desencadear responsabilizações pessoais no tocante à tudo aquilo que for divulgado na internet, é positivo, por parte dos exibidores, a introdução de um **aviso de conteúdo** preliminar a quaisquer informações tidas como polêmicas, principalmente no caso da pornografia.

7.3. A censura moral na internet

Para finalizar, vamos analisar uma última *questio*: a exposição de material pornográfico na internet materializa *imoralidade pública*, ofensiva aos *bons costumes*, e caracteriza o crime descrito pelo artigo 17 da já citada lei 5.250/67 ?

¹²⁹ SILVA, ob. cit., p. 217.

Veja-se o que diz o dispositivo:

“Art. 17. Ofender a moral pública e os bons costumes:

Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários mínimos da região”.

Existe uma série de motivos para acreditarmos que não. Mas o mais consistente deles, do ponto de vista legal, é proveniente interpretação do parágrafo único do artigo 12 da mesma lei:

“Art. 12. Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem.

Parágrafo único. São meios de Informação e divulgação, para os efeitos deste artigo, os jornais e outras publicações periódicas, os serviços de radiodifusão e os serviços noticiosos”.

Por sua vez, o ítem “3. a)” da norma 004/95, aprovada pela portaria 148/95 do Ministério das Comunicações¹³⁰, apresenta uma definição da internet:

”3. DEFINIÇÕES

Para fins desta Norma são adotadas as definições contidas no Regulamento Geral para a execução da Lei n. 4.117, aprovado pelo Decreto n. 52.026, de 20 de maio de 1963, alterado pelo Decreto n. 97.057, de 10 de novembro de 1988, e ainda as seguintes:

a) Internet: nome genérico que designa o conjunto de redes, os meios de transmissão e comutação, roteadores, equipamentos e protocolos necessários à

comunicação entre computadores, bem como o 'software' e os dados contidos nestes computadores;".

Ou seja, a internet não é definida como uma das figuras descritas pelo parágrafo único do artigo 12 da lei citada, hipótese na qual ela simplesmente não incide, independentemente de a internet ser ou não considerada, no plano metajurídico, como um meio de informação e divulgação.

Mas, deixando de lado o aspecto interpretativo das disposições legais, deve-se levar em conta o fato de que impera na internet a vontade do usuário, ou seja, ele vê o que quer, e só o que quer. Admitir qualquer tipo de restrição numa situação de tão forte presença do livre arbítrio significa retroceder no tempo.

A internet é tão passiva, enquanto repositório de informações, quanto uma banca de revistas ou uma biblioteca pública. Isso precisa ficar claro, e devemos tomar cuidado com as críticas feitas por pessoas que não a conhecem. E foi-se o tempo - esperamos - no qual as pessoas exteriorizavam suas preocupações com as preferências alheias naqueles locais, objetivando restringi-las.

¹³⁰ De 31 de maio de 1995.

A censura, a qualquer título e de qualquer tipo, é simplesmente incabível na internet. Vamos defini-la:

"Censura é o exame a que determinadas autoridades eclesiásticas ou governamentais submetem os meios de comunicação humana (livros, jornais, filmes, discursos, sermões, cinema, teatro, rádio, televisão), de acordo com padrões discricionários fixados pelo poder censor dentro de determinados limites, estabelecidos na lei".

É uma definição branda, apresentada por CRETELLA JÚNIOR¹³¹. Talvez o ilustre Professor aceite, *em algumas situações*, a censura. Discordamos. Censura não é um mero *exame*, mas o ato de cercear a liberdade alheia de expressão, informação e comunicação, generalizadamente. E não há *limites* ou *padrões* a serem seguidos. Ou há o cerceamento, ou não há. E, frise-se, no caso do Brasil, o único padrão fixado, não legal, mas constitucional, é o seguinte: **É VEDADA TODA E QUALQUER CENSURA.**

O ciberespaço é um mundo onde ela não existe e não é possível, sendo absolutamente irrelevante a natureza da mensagem analisada, da astronomia à pornografia.

A quem discordar do paradigma, seja no plano institucional, empresarial, orgânico ou pessoal, resta uma abrangente, simplificada e fácil opção: ficar fora da internet. Mas censurar, jamais.

A censura é um *lixo social* mais nocivo do que a própria pornografia, e, se tivermos que fazer uma escolha entre ambas, devemos ficar com a segunda - embora também seja problemática -, pelo simples fato de que a primeira causou prejuízos infinitamente superiores - e irreparáveis - à evolução da raça humana.

Para concluir, enfatizamos que "*grandes batalhas têm sido travadas em prol da liberdade de expressão*"¹³² e que, como afirmou RICHARDSON¹³³, "*as grandes lutas pela liberdade de expressão têm sido ganhas não nos tribunais, mas nos meetings de protesto, nos editoriais, nas cartas dirigidas ao congresso, na coragem dos cidadãos*".

¹³¹ CRETELLA JÚNIOR, ob. cit., p. 102.

¹³² Conforme FERREIRA, ob. cit., 136.

¹³³ Citado por FERREIRA, ob. cit., p. 136/7.

Referências bibliográficas:

ALEXANDRE, Silvio. Willian Gibson, o autor e sua obra, in Neuromancer, 2 ed., São Paulo: Aleph, 1991, p. 247.

BARRETO, Vicente. Bioética e a ordem jurídica, in Revista da Faculdade de Direito, v2, Rio de Janeiro, 1994, p. 443.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 4 ed., São Paulo: Unb, 1994.

BOBBIO, Norberto. Teoria general del derecho. Bogotá: Temis, 1987.

CARRAZA, Roque Antonio. Curso de direito constitucional tributário. 3 ed., São Paulo: RT, 1991.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

CASTORIADIS, Cornélius. O mundo fragmentado. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. O direito do ciberespaço. Texto apostilado, 1995.

DINAMARCO, Candio Rangel. A reforma do CPC. 2Ed, São Paulo: Malheiros, 1995.

DUBNER, Alan Gilbert. A era do marketing digital, in Informática Exame, n° 123, São Paulo: Abril, junho de 1996, p. 162.

EPSTEIN, Isaac. Cibernética. São Paulo: Ática, 1986.

GIBSON, Willian. Neuromancer. 2 ed., São Paulo: Aleph, 1991.

LAQUEY, Tracy e RYER, Jeanne C. O manual da internet. Rio de Janeiro: Campus, 1994.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1985.

MARTIN, James. Hiper documentos e como criá-los. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

NEGROPONTE, Nicholas. A vida digital. São Paulo: Cia das letras, 1995.

PASOLD, Cesar Luiz. O advogado e a advocacia. Florianópolis: terceiro milênio, 1996.

PFAFFENBERGER, Bryan. Dicionário dos usuários de micro computadores. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

RABUSKE, Renato Antonio. Inteligência Artificial. Florianópolis: Ed. Ufsc, 1995.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

ROUANET, Sérgio Paulo. As razões do iluminismo. São Paulo: Cia das Letras, 1987.

SHIMIZU, Heitor. As novas estrelas da comunicação, in Superinteressante, nº 9, ano 5, São Paulo: Abril, maio de 1995, p. 30.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: RT, 1991.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 9 ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARGAS, José Israel. Um caminho para a internet, in Informática Exame, nº 109, São Paulo: Abril, abril de 1995, p. 142.

WARAT, Luis Alberto. Por quien cantan las sirenas ? Florianópolis, edição eletrônica, 1996.

WARAT, Luis Alberto. Introdução geral ao direito. Porto Alegre: Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

XIMENES, Fernando Barcelos. Enfim, cidadãos do mundo, in *Informática*

Exame, n° 109, São Paulo: Abril, abril de 1995, p. 17.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*, Rio de Janeiro:

Revan, 1991.